الكافي في شرح الوافي

للإمام شيخ الإسلام
العلامة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود
حافظ الدين النسفي
المتوفى سنة ٧١٠ هـ
رحمه الله تعالى

مَعْلَمَةٌ فقهيّةٌ أصوليّةٌ أثريّةٌ، تُنشر لأول مرّةٍ، وهي كالشرح على الهداية للمرغيناني، مع العناية بخلاف الإمامين مالكٍ والشافعيّ رحمهما الله تعالى ومناقشة مذهبيهما

وبحاشيته التّعليق المسمّى
الشافي الحنفي على كافي النسفي

حقّقه وعلّق عليه
سراج الدين عمر أحمد قباوه

المجلّد الثالث

من تتمة كتاب الحج ... إلى كتاب الطلاق

دار المنهاج القويم
علمٌ يُنتفع به

٣

الكافي في شرح الوافي

بسم الله الرحمن الرحيم

الطَّبعَةُ الأُولَى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

الجمهورية العربية السورية
دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446
جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948
Email : darminhagkawem@hotmail.com
Email : darminhagkawem@gmail.com

ISBN : 978-9933-609-92-4

فصل في الصيد[1]

اعلَم أن الصَّيدَ هو: الحَيوانُ الْمُمتنِعُ الْمُتوحِّشُ بأَصل الخِلقةِ.

وهو نَوعان:

بَرِّيٌّ: وهو ما يَكونُ تَوالُدُه ومَثواه في البرّ.

وبَحريٌّ: وهو: ما يَكونُ تَوالُدُه ومَثواه في الماء؛ لأن التَّوالُدَ هو الأصلُ، والكَينونةُ بعدَ ذلك عارِضٌ، فاعتُبِر الأصلُ.

فالبَحريُّ حَلالٌ للحَلال والْمُحرِمِ، والبَرِّيُّ مُحرَّمٌ على الْمُحرِمِ، إلا ما استَثناه رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[2]، وهو ما يَبتدِئُ بالأذَى غالِبًا، على ما نُبيِّنُ إن شاء اللهُ تَعالى.

والأصلُ فيه: قولُه تَعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَحۡرِ...﴾ الآيةَ [المَائِدَة: ٩٦]، والْمُباحُ والْمَملوكُ فيه سَواءٌ؛ لأن الصَّيدَ عامٌّ.

وقِيمةُ[3] صيدٍ(م ف) إن قَتَله.

ولو عاد، أو نَسِي، أو دَلَّ(ف و)[4].

(١) قوله: (في الصيد) مثبت من (هـ).

(٢) سيأتي ذكره وتخريجه، وهو حديث: «خمس من الفواسق...».

(٣) أي وتجب قيمة صيد...

(٤) الدلالة المعتبرة: أن يكون الدالُّ محرِمًا عند أخذ المدلول الصيد، والمدلول غير عالم بمكانه،=

وإذا قَتَل الْمُحرِمُ صيدًا أو دَلَّ عليه من قَتَله: فعليه الجَزاءُ.

أما القتلُ: فلقَوله تَعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا...﴾ الآيةَ [المائدة: ٩٥]، فقد نَصَّ على وُجوب الجَزاءِ على القاتِل.

وأما الدَّلالةُ: فهو استِحسانٌ.

والقِياسُ: أن لا يَجِبَ الجَزاءُ على الدّالّ، وبه أخذ الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الجَزاءَ تَعلَّق بقَتل الصَّيدِ بالنَّص، والدَّلالةُ ليست في مَعنى القتلِ؛ لأن القتلَ فِعلٌ مُتَّصِلٌ من القاتِل إلى الْمَقتول، والدَّلالةُ غيرُ مُتَّصِلةٍ بالْمَحَلِّ، وهو الصَّيدُ.

وما ثَبَت بالنَّصِّ لا يَجوزُ إثباتُه فيما ليس في مَعنى الْمَنصوصِ عليه، والدَّليلُ عليه جَزاءُ صيدِ الحرَمِ، فإنه يَجِبُ على القاتِل الحَلالِ، ولا يَجِبُ على الدّالِّ الحَلالِ اتِّفاقًا.

ولنا: أن النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لأَصحاب أَبِي قَتادةَ وكانُوا مُحرِمين: «هل أَشَرتُم؟ هل أَعَنتُم؟ هل دَلَلتُم؟»[١].

فجَعَل الدَّلالةَ والإشارةَ والإعانةَ من مَحظورات الإحرامِ، وارتِكابُ مَحظورِ الإحرامِ مُوجِبٌ للجَزاء.

واتَّفَقت الصَّحابةُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ على أن الدَّلالةَ على الصَّيد من مَحظورات الإحرامِ[٢].

ولأنها سببُ تَفويتِ الأمنِ؛ لأن الأمنَ للصَّيد ببُعده عنّا وتَوارِيه عن أعيُننا، والدَّلالةُ

= وأن يصدق المدلول الدال في هذه الدلالة، حتى إذا كذبه ولم يتبع الصيد بدلالته ودل عليه آخر فصدقه وقتل الصيد: فالجزاء على الثاني، وعلى هذا لو قال: (أو كان سببًا له بالدلالة عليه) كما في «الإصلاح»: لكان أشمل. «مجمع الأنهر» ١/ ٢٩٧.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) يستفاد من الحديث السابق.

تُفوِّتُ الأمنَ عليه، فكانَت مُوجِبةً للضَّمان.

ولأن الإحرامَ عقدٌ خاصٌّ، وقد ضَمِن بعَقده ترْكَ تَعرُّضِ الصَّيدِ، فإذا تَعرَّض له بالدَّلالة فقد باشَر خِلافَ ما التزَمه، فيَضمَنُ، كالْمُودَع إذا دَلَّ سارِقًا على الوَديعة.

بخِلاف الحَلالِ؛ فإنه ما[1] التزَم ترْكَ التَّعرُّضِ لذلك بعقدٍ خاصٍّ، فصار كالأجنبيِّ إذا دَلَّ سارِقًا على مالِ مسلمٍ.

على أنه رُوِي عن أبي يوسفَ وزفرَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن فيه الجَزاءَ، كما في الْمُحرِم.

والدَّلالةُ الْمُعتبَرةُ لإيجاب الجَزاءِ: أن لا يَكونَ الْمَدلولُ عالِمًا بمَكان الصَّيدِ، حتى لو كان عالِمًا به لا يَجِبُ الجَزاءُ على الدّالِّ؛ لأن الْمَدلولَ ما تَمكَّن من قَتله بدَلالته.

وأن يُصدِّقَ الْمَدلولُ الدّالَّ في دَلالته، فأما إذا كَذَّبه ولم يَتبَع الصَّيدَ بدَلالته حتى دَلَّ عليه آخَرُ، فصَدَّقه وقتَل الصَّيدَ: فالجَزاءُ على الدّالِّ الثّاني إن كان مُحرِمًا دونَ الأوَّلِ.

وإنما يَجِبُ الجَزاءُ على الدّالِّ إذا أخَذ[2] الْمَدلولُ الصَّيدَ والدّالُّ مُحرِمٌ، فأما إذا حلَّ الدّالُّ من إحرامه قبلَ أن يَأخُذَ الْمَدلولُ الصَّيدَ: فلا جَزاءَ على الدّالِّ؛ لأن فِعلَه إنما يَتِمُّ جِنايةً عندَ زَوالِ مَعنى التَّنفُّرِ عن الصَّيد؛ لإثبات الآخِذِ يدَه عليه.

فإذا كان الدّالُّ حَلالًا عندَ ذلك لم يكن[3] أخذُ الغيرِ في حقِّه أزيدَ من أَخذه[4] بنَفسه، ولو أَخذه بنفسه لم يَلزَمه شيءٌ، فكذا إذا أَخذه غيرُه بدَلالته.

ويَستَوي في ذلك العامِدُ والنّاسي.

(١) سقطت من (ز).

(٢) في (هـ): وجد.

(٣) في (هـ): لم يمكن.

(٤) في (ب): من حقه.

وقال ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: ليس على الْمُخطِئ جَزاءٌ[1]؛ لظاهِر قولِه تَعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾ [المائدة: ٩٥]، فالتَّقييدُ بالعَمديّة يَنفي وُجوبَه عندَ عدَمِها.

ولنا: أنه ضَمانٌ يَعتمِدُ وُجوبَه الإتلافُ، فاستَوى فيه العامِدُ وغيرُه، كغَراماتِ الأموالِ.

أو هذه[2] كفّارةٌ تَجِبُ جَزاءً للفِعل، فتَجِبُ على الْمُخطِئ، ككفّارة القتلِ.

والتَّقييدُ بالعَمديّة ليس للجَزاء، بل للوَعيد الْمَذكورِ في آخِر الآيةِ بقَوله: ﴿لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِۦ﴾ [المائدة: ٩٥]، وهذا الوَعيدُ على العامِد دونَ الْمُخطِئ، على أن ذِكرَ العمدِ للتَّنبيه؛ إذ الدَّلالةُ قامَت على أن الصِّفةَ العَمديّةَ في القَتل تَمنَعُ وُجوبَ الكَفّارةِ؛ لتَمحُّض الحَظْريّةِ، والكَفّارةُ دائِرةٌ بينَ العِبادةِ والعُقوبةِ، فلا تُناطُ بالْمَحظور المحضِ، فذَكَرها هنا ليُنبِّهَ أنه لَمّا وَجبت الكَفّارةُ على العامِد.. لَأَن تَجِبَ على الْمُخطِئ أَولى.

والْمُبتدِئُ والعائِدُ سَواءٌ.

وكان ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يقولُ: لا يَجِبُ الجَزاءُ على العائِد[3]، وهو قولُ داوُدَ، ولكن يُقالُ له: اذهَب، فيَنتقِمُ اللهُ منك؛ لظاهِر قولِ اللهِ تَعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُۚ﴾.

ولنا: أن ضَمانَ الإتلافِ لا يَختلِفُ بالابتِداء والعودِ إليه، بل جِنايةُ العائِدِ أظهَرُ[4]؛ لأنه الْمُباشِرُ بعدَ العِلمِ[5].

---

(١) لم أقف عليه، وقال في «الدر المنثور» ٣/ ١٨٦: أخرج ابن المنذر وابن جرير وابن أبي حاتم والبيهقي في «سننه» عن ابن عباس في قوله: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾ [المائدة: ٩٥] قال: إن قتله متعمدًا أو ناسيًا أو خطأً حكم عليه، فإن عاد متعمدًا عجلت له العقوبة، إلا أن يعفو الله عنه.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): وهذه.

(٣) انظر تخريج الأثر السابق.

(٤) في (د): أشد.

(٥) قوله: (لأنه المباشر بعد العلم) مثبت من (هـ)، وفي (ج): بل جناية العائد المباشر بعد العلم أشد.

والمُرادُ[1] بالآية ﴿وَمَنْ عَادَ﴾: بعدَ العِلمِ بالحُرمة، كما في آية الرِّبا: ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [البَقَرَة: ٢٧٥]، أي ومن عاد إلى المُباشَرة بعدَ العِلمِ بالحُرمة، لا أن يَكونَ المُرادُ به العودَ إلى القَتل بعدَ القتلِ.

بتَقويمِ عَدْلَين، في مَقْتَله(ف)[2]، أو أقرَبِ مَوضِعٍ منه.

والجَزاءُ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ قِيمةُ الصَّيدِ في مَكانٍ قَتَله فيه، أو في أقرَب الْمَواضعِ منه إن كان في بَرِّيّةٍ، فيُقوِّمُه عَدلان.

فيَشتَري(م ف) بها هَدْيًا، وذَبَحه إن بلغَتْه(س م)[3]، أو طَعامًا(ف)، وتَصدَّق به، كالفِطرة.

ثم هو مُخيَّرٌ في القِيمة.. إن شاء اشتَرى بها هَدْيًا وذَبَحه إن بَلَغت القِيمةُ هَدْيًا، وإن شاء اشتَرى بها طَعامًا وتَصدَّق على كلِّ مِسكينٍ نِصفَ صاعٍ من بُرٍّ أو صاعًا من تمرٍ أو شَعيرٍ، وإن شاء صام، على ما سيَجيءُ.

وقال محمدٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: الجَزاءُ ما يُشبِهُ الصَّيدَ في الْمَنظَر إن كان له نَظيرٌ من النَّعَم، حتى يَجِبُ في النَّعامة بَدَنةٌ، وفي حِمار الوحشِ بقَرةٌ، وفي الظَّبي شاةٌ، وفي الأرنَب عَناقٌ، وفي اليَربوع جَفْرةٌ.

وزاد الشّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ، فأوجَب في الحَمامة شاةً، وزَعَم أن بينَهما مُشابَهةً؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَعُبُّ في[4] الشُّرب ويَهدِرُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: فيها القِيمةُ.

---

(١) في (هـ): إذ المراد.

(٢) أي مكان قتله.

(٣) أي إن بلغ الهدي قيمة الصيد.

(٤) مثبتة من (و) و(ز).

وكذا قولُهما فيما لا نَظيرَ له -كالعُصفور- أنه يَكونُ مَضمونًا بالقِيمة.

وإذا وَجبت القِيمةُ كان الجَوابُ حينَئذٍ كقَول أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

احتَجَّ محمدٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ بقَوله تَعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المَائدَة: ٩٥].

فاللهُ تَعالى أوجَب الْمِثلَ مُقيَّدًا بالنَّعَم، فتَقديرُه: فعليه جَزاءٌ من النَّعَم مِثْلُ الْمَقتولِ، فمن قال: إنه مِثلُه من الدَّراهِم فقد خالَف النَّصَّ.

ولأن حَقيقةَ الْمِثلِ ما يُماثِلُ الشَّيءَ صُورةً ومَعنًى.

وإنما يُعدَلُ عن الحَقيقة إلى الْمَجاز عندَ تَعذُّرِ العمَلِ بالحَقيقة.

والنَّظيرُ مِثْلٌ صُورةً ومَعنًى، والقِيمةُ مِثْلٌ مَعنًى لا صُورةً.

وعن الصَّحابة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ: أنهم أوجَبوا في النَّعامة بَدَنةً[١]، وفي الظَّبي شاةً[٢]، وفي حِمار الوحشِ بقَرةً[٣].

---

(١) روى عبد الرزاق (٨٢٠٣) عن ابن عباس: أن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت قالوا: في النعامة قتلها المحرم بدنة من الإبل.

وروى ابن أبي شيبة (١٤٤٢٠) عن عطاء: أن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية قالوا: في النعامة بدنة.

(٢) روى الدارقطني (٢٥٤٦) عن جابر عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «في الضبع إذا أصابه المحرم كبش، وفي الظبي شاة، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة». قال: والجفرة التي قد ارتعت.

وروى عبد الرزاق (٨٢١٤) عن جابر: أن عمر بن الخطاب حكم في الغزال شاة.

(٣) روى عبد الرزاق (٨٢١٣) عن عبد الله بن محرر قال: سمعت قتادة يقول: كتب أبو مليح بن أسامة إلى أبي عبيدة بن عبد الله يسأله عن حمار الوحش يصيبه المحرم، فكتب إليه أن فيه بدنة، أو قال: بقرة.

وروى (٨٢٠٦) عن ابن أبي نجيح عن مجاهد: في حمار الوحش بقرة. وقاله ابن جريج عن عطاء.=

وعن النَّبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «الضَّبُعُ صيدٌ، وفيه شاةٌ إذا قتَله الْمُحرِمُ»[1]، ولم يَعتبِر القِيمةَ في الحَديث.

ولأبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أن النَّصَّ أوجَب الْمِثلَ، والْمِثلُ الْمُطلَقُ في الكِتاب والسُّنَّةِ وإجماعِ الأُمَّةِ والْمَعقولِ.. مُقيَّدٌ بالصُّورة والْمَعنى، أو بالْمَعنى بلا صُورةٍ، فأما الصُّورةُ بلا مَعنًى: فلا، ولا يُمكِنُ الحملُ على الأوَّل بالإِجماع، فحُمِل على الثّاني؛ لكَونه مَعهودًا في الشَّرع، كما في حُقوق العِبادِ، فإن إتلافَ الحَيَوانِ مَضمونٌ بالقِيمة.

وكما أن الْمِثلَ مَنصوصٌ عليه هنا.. فكذا في حُقوق العِبادِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقال: ﴿فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

وهذا لأن الحَيَوانَ لا مِثلَ له من جِنسه؛ فإن النَّعامةَ لا تُماثِلُ النَّعامةَ، حتى لا[2] تُضمَنُ النَّعامةُ بالنَّعامة، فكيف تُماثِلُ البَدَنةُ النَّعامةَ، ولو كانَت مِثلًا لها لضُمِنت بها عندَ الإتلافِ.

ولأن القِيمةَ أُرِيدت بهذا النَّصِّ فيما لا مَثَلَ له إجماعًا، فلم يَبقَ غيرُه مُرادًا؛ لأن الْمِثلَ من الأَسماء الْمُشترَكةِ، فلا عُمومَ له.

ولأن في إِيجاب القِيمةِ بَيانًا للواجِب بقَتل الصَّيدِ على سَبيل العُمومِ؛ لأنه يَتناوَلُ ما

= وروى البيهقي (٩٨٦٦) عن ابن عباس في حمام الحرم: في الحمامة شاة، وفي بيضتين درهم، وفي النعامة جزور، وفي البقرة بقرة، وفي الحمار بقرة.

(١) روى أبو داود (٣٨٠١) في (بابٌ في أكل الضبع) عن جابر بن عبد الله، قال: سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الضبع، فقال: «هو صيد، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم».

(٢) شطبت في (ز).

له نَظيرٌ وما لا نَظيرَ له، وفيما قالاه[1] تَخصيصٌ، والأوَّلُ أولى.

ومَعنى الآيةِ: فجَزاءٌ قِيمةُ ما قُتِل من النَّعَم الوَحشيِّ، فقد ذَكَر الأصمَعيُّ وأبو عُبَيدٍ[2]: أن النَّعَمَ تَتناوَلُ الأهليَّ والوَحشيَّ.

والْمُرادُ بالْمَرويّ[3]: إيجابُ النَّظيرِ باعتِبار القِيمةِ لا باعتِبار العَينِ، إلا أنهم كانُوا أربابَ الْمَواشي، فكان ذلك أيسرَ عليهم من النُّقود.

وهو كقَول عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في وَلَد الْمَغرورِ: يُفَكُّ الغُلامُ بالغُلام، والجارِيةُ بالجارِية[4].

والْمُرادُ بالقِيمة ثَمَّ: تَقويمُ الصَّيدِ إلى الحَكَمَين، فإذا ظَهَرت قِيمتُه خُيِّر القاتِلُ بينَ التَّكفيرِ بالهَدْي والإطعامِ والصِّيامِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وعندَ محمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: الخِيارُ إلى الحَكَمَين في ذلك، فإن حَكَما بالهَدْي يَجِبُ النَّظيرُ على ما مرّ، وإن حَكَما بالطَّعام أو بالصِّيام: فعلى ما قال أبو حنيفةَ

---

(١) في (ب) و(ج) و(د): قاله.

(٢) في (ز): وأبو عبيدة.

(٣) من الأحاديث والآثار في تحديد الجزاء.

(٤) روى الإمام محمد في «الأصل» ٨/ ١٣٣: عن أبي يوسف عن محمد بن إسحاق عن يزيد بن عبد الله بن قسيط قال: أبَقَت أمة، فأتت بعضَ قبائل العرب، فانتمت إلى بعض قبائل العرب، فتزوجها رجل من بني عُذْرَة، فنَثَرت له ما في بطنها، فجاء مولاها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقضى بها لمولاها، وقضى على أبي الولد أن يفدي ولده الغلام بالغلام والجارية بالجارية.

محمد عن أبي يوسف عن مطرف بن طريف عن عامر الشعبي: أن رجلًا اشترى جارية من رجل، فولدت منه، فاستحقها رجل، فرفع إلى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، فقضى بالجارية لمولاها، وقضى بأولادها لمواليها، وقضى للمشتري على البائع أن يفكَّ له ولده بما غروها له. انتهى.

وروى الأول الدارقطني (٤٠٥٦)، والبيهقي (١٨٠٧١).

وأبو يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

لهما: أن الحاجةَ إلى الحَكَمَين لإظهار قِيمةِ الصَّيدِ، فبعدَما ظَهَرت القِيمةُ فهي كَفّارةٌ واجِبةٌ على الْمُحرِم، فإليه تعيينُ ما يُؤدِّي، كما في كَفّارة اليمينِ وضَمانِ الْمُتلَفاتِ، فإن تَعيينَ ما يُؤدّى به الضَّمانُ إليه دونَ الْمُقوِّمين.

ولمحمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ قولُه تَعالى: ﴿يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ أَوۡ كَفَّٰرَةٞ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ صِيَامٗا﴾ [المائدة: ٩٥].

فاللهُ تَعالى جَعَل ذلك إلى الحَكَمَين بكَلِمة (أو)، فيَكونُ الخِيارُ إليهما.

قُلنا: ﴿أَوۡ كَفَّٰرَةٞ﴾ عُطِفت على ﴿فَجَزَآءٞ﴾؛ لكَونهما مَرفوعَين، ولو كانَت مَنصوبةً لكانَت مَعطوفةً على ﴿هَدۡيَۢا﴾، وكذا ﴿أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ﴾ عطفٌ عليه ﴿صِيَامٗا﴾ نصبٌ على التَّمييز، نحوُ: لي مِثلُه رَجُلًا، و﴿هَدۡيَۢا﴾ حالٌ عن (جَزاءً)؛ لأنه وصفٌ بالْمِثل، فقَرُب إلى الْمَعرِفة.

ووُصِف ﴿هَدۡيَۢا﴾ بـ ﴿بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ﴾: لأن إضافتَه غيرُ حقيقيّةٍ.

فلم يكن في الآية دَلالةُ اختيارِ الحَكَمَين.

ويُقوِّمان في الْمَكان الذي أصابَه؛ لأن القِيمةَ تَختلِفُ باختِلاف الأمكِنةِ، فإن كان الْمَوضِعُ برًّا لا يُباعُ فيه الصَّيدُ يُعتبرُ أقرَبُ الْمَواضِعِ إليه مما يُباعُ فيه ويُشترى.

والواحِدُ يَكفي للتَّقويم قِياسًا، والْمَثْنَى أحوطُ، كما في حُقوق العِبادِ؛ لكَونه أبعدَ من الغَلَط.

وقِيل: تُعتبرُ حُكومةُ الْمَثْنَى هنا بالنَّصّ[1]، فإن اختارَ التَّكفيرَ بالهَدْي فعليه الذَّبحُ

(١) في قوله تعالى: ﴿يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [المائدة: ٩٥].

في الحَرَم، والتَّصدُّقُ بلَحمه على الفُقَراء؛ لقَوله تَعالى: ﴿هَدْيَا بَلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]، أي الحرَمِ؛ لأن عَينَ الكَعبةِ لم تُرَد إجماعًا.

ولأن الهَدْيَ اسمٌ لما يُهدى إلى مَوضِعٍ، ولا مَوضِعَ وَرَد الشَّرعُ بالنَّقل إليه سِواه.

وَيجوزُ الإطعامُ في غَيرها، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ إلا في الحَرَم؛ قِياسًا على الهَدْيِ، والجامِعُ: التَّوسِعةُ على فُقَراء الحرَمِ.

ولنا: أن الهَدْيَ قُربةٌ لا يُعقَلُ مَعناها، فتَختَصُّ بمَكانٍ أو زَمانٍ، أما الصَّدَقةُ: فقُربةٌ مَعقولةٌ؛ إذ فيها دفعُ خَلّةِ الْمُحتاجِ، فلا تَختَصُّ بزَمانٍ ومَكانٍ.

والصَّومُ يَجوزُ في غَير مَكّةَ؛ لأنه عِبادةُ قهرِ النَّفسِ، وهي قُربةٌ في كلِّ مَكانٍ.

فإن ذَبَح بالكُوفة أجزَأه عن الطَّعام، أي إن تَصدَّق باللَّحم وفيه وَفاءٌ بقِيمة الطَّعامِ؛ لأن الإراقةَ لم تُعتبَر.

وإنما يَخرُجُ عن العُهدة بالتَّصدُّق في هذه الصُّورةِ إذا أَصاب كلَّ مِسكينٍ من اللَّحم ما يَبلُغُ قِيمتُه قِيمةَ نِصفِ صاعٍ، كما في كَفّارة اليَمينِ إذا كَسا عَشَرةَ مَساكينَ ثوبًا واحِدًا جاز عن الطَّعام، إذا كانَت قِيمةُ ما أَصاب كلَّ مِسكينٍ نِصفَ صاعٍ بُرٍّ.

وهذا لأن التَّصدُّقَ لما قام مَقامَ الطَّعامِ، وفي الكَفّارة بالإطعام يُعتبَرُ في حقِّ كلِّ مِسكينٍ نِصفُ صاعٍ.. فكذا فيما قام مَقامَه.

وإذا وَقَع الاختِيارُ على الهَدْيِ يُهدِي ما يَجوزُ في الأُضحيّة؛ لأنهما قُربتان مخصوصتان بالإراقة، فتَعلَّقتا بمحَلٍّ واحِدٍ.

وقال محمدٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: يَجوزُ صِغارُ النَّعَمِ فيها؛ لأن الصَّحابةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ أوجَبوا عَناقًا وجَفْرةً[1].

---

(١) من ذلك ما رواه الإمام مالك ١/ ٤١٤ عن أبي الزبير: أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع=

وعندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُتَعَالَىٰ: يَجوزُ الصِّغارُ على وَجه الإطعامِ إذا تَصدَّق بها.

وإذا وَقَع الاختِيارُ على الطَّعام يُقوَّمُ الْمُتلَفُ بالطَّعام عندَنا.

وعندَ محمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: تُعتبَرُ قِيمةُ النَّظيرِ؛ بِناءً على أن الواجِبَ الأصليَّ هو النَّظيرُ عندَهما، وعندَنا: قِيمةُ الصَّيدِ.

وإذا اشتَرى بالقِيمة طَعامًا تَصدَّق على كلِّ مِسكينٍ نِصفَ صاعِ بُرٍّ، أو صاعَ تمرٍ، أو صاعَ شَعيرٍ.

ولا يُطعِمُ أَقَلَّ من نِصف صاعٍ.

ولا يَجوزُ أن يُطعِمَ المسكينَ أقلَّ من نِصف[1] صاعٍ؛ لأن الْمُطلَقَ يَنصرِفُ إلى الْمُتفاهَم في الشَّرع، وهو ما ذَكَرنا.

وإن اختارَ الصِّيامَ يُقوَّمُ الْمَقتولُ طَعامًا.

أو صام عن طَعام كلِّ مِسكينٍ يومًا.
وإن فَضَل أَقلُّ من نِصف صاعٍ: تَصدَّق به، أو صام يومًا.

ثم يَصومُ مَكانَ طَعامِ كلِّ مِسكينٍ يومًا؛ لأنه لا قِيمةَ للصَّوم، فلا يُمكِنُ تَقديرُه بالْمَقتول، فقُدِّر بالطَّعام، وقد عُهِد في الشَّريعة إقامةُ نِصفِ صاعِ بُرٍّ مُقامَ صومِ يومٍ في باب الفِديةِ.

وإن فَضَل من الطَّعام أقلُّ من نِصف صاع بُرٍّ: إن شاء تَصدَّق به، وإن شاء صام عنه يومًا كامِلًا؛ لأن الصَّومَ لا يَتجزَّأُ، فمن ضَرورة ثُبوتِ بعضِه ثُبوتُ كلِّه، وكذا إن كان

=بكبش، وفي الغزال بعنز، وفي الأرنب بعناق، وفي اليربوع بجفرة.

(١) سقطت من (ز).

الواجِبُ دونَ طَعامِ مِسكينٍ، فإما أن يُطعِمَ القَدْرَ الواجِبَ، وإما أن يَصومُ يومًا كامِلًا؛ لأن الصَّومَ لا يَكونُ أقلَّ من يومٍ.

وإن جَرَحه، أو قَطَع عُضوَه، أو نَتَف[1] شَعْرَه: ضَمِن ما نَقَص.

وإن جَرَح صيدًا، أو نَتَف شعْرَه، أو قَطَع عُضوَه: ضَمِن ما نَقَص؛ لأن إتلافَ الكلِّ يُوجِبُ ضَمانَ الكلِّ، فإتلافُ البعضِ يُوجِبُ ضَمانَ البعضِ، كما في حُقوقِ العِبادِ.

وتَجِبُ القِيمةُ بنَتْفِ رِيشِه، وكسْرِ جَناحِه، وقطْعِ قَوائِمِه، وحَلْبِه، وكسْرِ بيضِه، وخُروجِ[و] فرخٍ[2] ميْتٍ به[3].

ولو نَتَف ريشَ طائرٍ، أو كَسَر جَناحَه، أو قَطَع قَوائمَ صيدٍ، فخَرَج من أن يَكونَ مُمتنِعًا بجَناحه أو بقَوائِمه: فعليه قِيمتُه كامِلةً؛ لأنه أتلَفَ مَعنى الصَّيديّةِ.

وإن حَلَب صيدًا تَجِبُ قِيمتُه؛ لأن اللَّبَنَ من أَجزاءِ الصَّيدِ، فصار ككُلِّه.

وإن كَسَر بيضَ صيدٍ تَجِبُ قِيمةُ البيضِ، كذا حُكِي عن عليٍّ وابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم[4].

---

(١) نتفت الشعر نتفًا: من باب ضرب: نزعته، فانتتف. «المصباح» ٢/ ٥٩٢.

(٢) الفرخ من كل بائض: كالولد من الإنسان، والجمع أَفرُخ وأفراخ وفِراخ وفُروخ وفُرخان... وفَرَّخ الطائر بالتشديد، وأفرخ بالألف: صار ذا فرخ، وأفرخت البيضة بالألف: انفلقت عن الفرخ فخرج منها. «المصباح» ٢/ ٤٦٦.

(٣) أي فيجب قيمته حَيًّا استحسانًا، هذا إذا علم أن فيه فرخًا حيًّا أو لم يعلم، أما إذا علم أن فيه فرخًا ميتًا فكسر: فلا شيء عليه، كما في «المحيط» وغيره، وعلى هذا لا يخفى ما في إطلاق المتن من المساهلة، تدبر. «مجمع الأنهر» ١/ ٢٩٩.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٣٥: أما حديث علي: فغريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٥٢١٧ والدارقطني ٢٥٥٦ والبيهقي ١٠٠١٩) عن معاوية بن قرة: أن رجلًا أوطأ بعيره بيض نعام، =

ولأنه أصلُ الصَّيدِ؛ لأنه مُعَدٌّ ليكونَ صيدًا، فأُعطِي له حُكمُ الصَّيدِ في إيجاب الجَزاءِ على الْمُحرِمِ بإفساده، كما أن الماءَ في الرَّحِم جُعِل كالوَلَد في حُكم العَتقِ والوَصِيَّةِ.

يُؤَيِّدُه قولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَيَبۡلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَيۡءٖ مِّنَ ٱلصَّيۡدِ تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ وَرِمَاحُكُمۡ﴾ [المائدة: ٩٤]، قِيل: ما تَنالُه الأيدِي: البَيضُ.

ولأنه صيدٌ باعتِبار المآلِ دونَ الحالِ، فاعتِبارُ الحالِ يَمنَعُ وُجوبَ الجَزاءِ، واعتِبارُ المآلِ يُوجِبُ الجَزاءِ، فأوجَبناه احتِياطًا ما لم يَفسُد.

فإن خَرَج من البَيض فرخٌ ميتٌ فعليه قِيمةُ الفرخِ حيًّا استِحسانًا، **والقِياسُ: أن لا** يَغرَمَ إلا قِيمةَ البَيضةِ(١)؛ لأنه لم يَعلَم حَياةَ الفرخِ قبلَ كسرِه.

وجهُ الاستِحسانِ: أن البيضَ مُعَدٌّ ليَخرُجَ منه فرخٌ حيٌّ، والتَّمسُّكُ بالأَصل واجِبٌ حتى يَظهَرَ خِلافُه، وكسرُ البَيضةِ سببٌ لِمَوت الفرخِ إذا حَصَل قبلَ أوانِه، فإذا ظَهر الموتُ عَقيبَه أُضِيف إليه احتِياطًا.

وكذا لو ضَرَب بطنَ ظَبيةٍ، فطَرَحت جَنينًا ميِّتًا، ثم ماتَت: تَجِبُ قِيمتُهما؛ لأن الضَّربَ سبَبٌ صالِحٌ لِمَوتهما.

= فسأل عليًّا فقال: عليك لكل بيضة ضراب ناقة، أو جنين ناقة، فانطلق إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأخبره بما قال، فقال: «قد قال ما سمعت، وعليك في كل بيضة صيام يوم، أو إطعام مسكين». انتهى.

وأما حديث ابن عباس: فرواه عبد الرزاق في «مصنفه» (٨٢٩٤) عن ابن عباس قال في بيض النعام يصيبه المحرم: ثمنه. انتهى، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٥٢١٥) عن ابن عباس، قال: في كل بيضتين درهم، وفي كل بيضة نصف درهم. انتهى. ورواه البيهقي قال: وهذا يرجع إلى القيمة... إلخ.

قلت: وروى ابن ماجه (٣٠٨٦) عن أبي هريرة: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في بيض النعام يصيبه المحرم: «ثمنه».

(١) في (و): البيض.

بخِلاف من ضَرَب بطنَ امرأةٍ فألقَت جَنينًا وماتَت؛ حيث يَجِبُ ضَمانُ الأصلِ لا ضَمانُ الجَنينِ؛ لأن الجَنينَ جُزءٌ من وجهٍ ونفسٌ من وجهٍ.

وضَمانُ العِبادِ لم يُبنَ على الاحتِياط، فلا يَجِبُ[1] بالشَّكِّ، وجَزاءُ الصَّيدِ مَبنيٌّ على الاحتِياط، فرَجَّحنا فيه شبهَ[2] النَّفسيّةِ، وأوجَبنا جَزاءَهما.

وقتلِ خِنزيرٍ(ز)، وقِردٍ(ز)، وفيلٍ(ز).

وإن قَتَل خِنزيرًا أو قِردًا أو فِيلًا: تَجِبُ القِيمةُ، خِلافًا لزفرَ، لأنه مُتوحِّشٌ لا يَبتدِئُ بالأذى.

لا بقَتْل غُرابٍ[3]، وحِدَأةٍ[4]، وذِئبٍ، وحيّةٍ، وعَقرَبٍ، وفَأرةٍ، وكلبٍ عَقورٍ(و)[5]، وبَعوضٍ، ونملٍ، وبُرغوثٍ[6]، وقُرادٍ[7]، وسُلَحْفاةٍ.

---

(١) في (ج): فلا وجه يجب.

(٢) في (د) و(هـ): شبهة.

(٣) هو من يأكل الجيف، وأما لو قتل الزاغ.. وهو الغراب الصغير الذي يأكل الحب: وجب عليه الضمان، وكذا لو قتل العقعق، كما في «المحيط» وغيره، وعلى هذا لو أتى معرفًا لكان أولى. «مجمع الأنهر» ١/ ٢٩٩.

(٤) على وزن عِنَبة، وهي طائر تأخذ الفأرة. «مجمع الأنهر» ١/ ٢٩٩.

(٥) الكلب العَقور: قال الأزهري: هو كل سَبُع يَعقِر، من الأسد والفهد والنمر والذئب، يقال: عقر الناس عقرًا من باب ضرب: فهو عقور، والجمع عُقُر. «المصباح» ٢/ ٤٢١.

وذكر في «النهاية» ٣/ ٢٧٥ حديث: «خمس يقتلن في الحل والحرم...» وعد منها الكلب العقور، قال: وهو كل سَبُعٍ يَعقِر: أي يجرح ويقتل ويفترس، كالأسد والنمر والذئب. سماها كلبًا: لاشتراكها في السبعية، والعقور: من أبنية المبالغة. انتهى.

(٦) البُرغوث: بضم الباء: حشرة وثّابة عضوض. «المختار» ص٣٣.

(٧) القُراد -مثل غراب-: ما يتعلق بالبعير ونحوه، وهو كالقمل للإنسان، الواحدة قرادة والجمع =

وليس في قَتل الغُرابِ، والحِدَأةِ، والذِّئبِ، والحيّةِ، والعَقرَبِ، والفَأرةِ، والكلبِ العَقورِ.. شيءٌ؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خمسٌ من الفَواسِق يُقتَلْنَ في الحِلِّ والحرَمِ: الحِدأةُ، والحيّةُ، والعَقرَبُ، والفَأرةُ، والكلبُ العَقورُ»(١).

وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَقتُل الْمُحرِمُ الحيّةَ، والفَأرةَ، والعَقرَبَ، والحِدَأةَ، والكلبَ العَقورَ»(٢).

والْمُرادُ بالكَلب العَقورِ: الذِّئبُ، ولهذا ذَكَره في بَعض الرِّواياتِ(٣).

= قِردان مثل غربان. «المصباح» ٢/ ٤٩٦.

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٣٦: أخرجه البخاري (٣٣١٤) ومسلم (١١٩٨) عن عائشة قالت: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم: الغراب، والحدأة، والعقرب، والفأرة، والكلب العقور»، وفي لفظ لمسلم (١١٩٨): الحية عوض العقرب، وفي لفظ لهما (البخاري ومسلم ١١٩٨): «خمس من الدواب كلهن فواسق»، وفي لفظ لمسلم (١١٩٨): «أربع كلهن فاسق، يقتلن في الحل والحرم: الحدأة، والغراب، والفأرة، والكلب العقور». انتهى، وفي لفظ لمسلم (١١٩٨): «خمس فواسق، يقتلن في الحل والحرم: الحية، والغراب الأبقع، والفأرة، والكلب العقور، والحديا». انتهى.

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٣٠: الحديث أخرجه البخاري (١٨٢٦) ومسلم (١١٩٩) عن مالك عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح: العقرب، والفأرة، والكلب العقور، والغراب، والحدأة». انتهى، وأخرجاه (البخاري ١٨٢٧ ومسلم ١٢٠٠) أيضًا عن زيد بن جبير قال: سمعت ابن عمر يقول: حدثتني إحدى نسوة النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «يقتل المحرم الكلب العقور، والفأرة، والعقرب، والحديا، والغراب»، زاد فيه مسلم: «والحية»، وزاد فيه: قال: «وفي الصلاة أيضًا». انتهى، وأخرج أبو داود (١٨٤٨) والترمذي (٨٣٨) وابن ماجه (٣٠٨٩) عن أبي سعيد الخدري: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عما يقتل المحرم، قال: «يقتل المحرم: الحية، والعقرب، والفويسقة، والكلب العقور، والحدأة، والسبع العادي، ويرمي الغراب، ولا يقتله»... إلخ.

(٣) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٣٦: رواه الطحاوي في «شرح الآثار» (٣٧٥٦ وابن خزيمة ٢٦٦٦)=

وهذا البَيانُ من النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كالْمُلحَق بنصِّ القُرآنِ[1]، فدَلَّ أن قتلَ هذه الأشياءِ مُباحٌ مُطلَقٌ.

وذُكِر في بَعض الرِّواياتِ مَكانَ الحِدَأةِ: الغُرابُ[2]، والْمُرادُ به: الأبقَعُ الذي يَأكُلُ الجِيَفَ، أو يَخلِطُ النَّجِسَ مع الطّاهرِ في التّناوُل؛ فإنه يَبتدِئُ بالأذى.

أما العَقعَقُ: فيَجِبُ الجَزاءُ على الْمُحرِمِ بقَتله؛ لأنه لا يُسمّى غُرابًا عُرفًا، ولا يَبتدِئُ بالأذى غالبًا.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ: أن الكلبَ العَقورَ وغيرَ العَقورِ، والْمُستأنِسَ والْمُستوحِشَ: سَواءٌ، والفَأرةَ الأهليّةَ والبرِّيّةَ سَواءٌ.

وعن أبي حنيفةَ[3]: أنه لا يَجِبُ الجَزاءُ بقَتل السِّنَّورِ، ولو برِّيًّا.

والضَّبُّ واليَربوعُ والأرنَبُ: يَجِبُ بقَتلها القِيمةُ؛ لأنها ليست من الْمُستَئناة، ولا تَبتدِئُ بالأذى.

وليس في قَتل البَعوضِ، والذُّبابِ، والنَّملِ، والبُرغوثِ، والقُرادِ، والسُّلَحْفاةِ.. شيءٌ؛ لأنها ليست بصيدٍ؛ لأنها لا تَنفِرُ من بَني آدمَ، ولا تُقصَدُ بأَخذها، ولئن كانَت من الصُّيود فهي مُؤذِيةٌ بطِباعها.

= عن أبي هريرة عن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ بنحو حديث مالك والليث.. يعني أن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: «خمس من الدواب يقتلن في الحرم: العقرب، والحدأة، والغراب، والفأرة، والكلب العقور»، إلا أنه قال في حديثه: «والحية، والذئب، والكلب العقور». انتهى.

(١) أي قوله تعالى: ﴿حُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦].

(٢) انظر تخريج الحديث السابق.

(٣) في (هـ): وعنه.

والسُّلَحْفاةُ من الحَشَرات، فصارَت كالخَنافِس والوَزَغاتِ، والكَفّارةُ للزَّجر، فإذا لم تُقصَد بالأَخذ لم يُشرَع الزّاجرُ.

والْمُرادُ بالنَّمل: السَّوداءُ والصَّفراءُ التي تُؤذِي، وما لا تُؤذِي لا يَحِلُّ قتلُها، فقد عُوتِب[1] بعضُ الأنبياءِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ بإِحراق[2] قَريةِ نملٍ[3].

ولكن لا يَضمَنُ؛ لأنها ليست بصَيدٍ.

وبقَتْل قَملةٍ وجَرادةٍ أطعَم شيئًا.

وإن قَتَل قَملةً تَصدَّق بما شاء، ككفٍّ من دَقيقٍ، أو كِسرةِ خُبزٍ؛ لأنها تَتولَّدُ من الدَّرَن على البَدَن، فيَكونُ قتلُها من قَضاء التَّفَثِ، والْمُحرِمُ مَمنوعٌ عن ذلك بمَنزِلة إزالةِ الشَّعرِ، حتى لو قتَل قَملةً ساقِطةً على الطَّريق لا يَضمَنُ؛ لأنه لم يُوجَد إزالةُ التَّفَثِ.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: أطعَم شيئًا[4]، وهذا يَدُلُّ على جَواز إباحةِ شيءٍ يَسيرٍ.

وإن قتَل جَرادةً تَصدَّق بما شاء؛ لأن الجَرادَ من صَيد البرِّ؛ وهذا لأن الصَّيدَ ما لا يُؤخَذُ إلا بحِيلةٍ ويَقصِدُه الآخِذُ.

ورُوِي أن أهلَ حِمصَ أصابُوا جَرادًا كَثيرًا في إِحرامهم، فجَعَلوا يَتصدَّقون بكلِّ جَرادٍ[5] دِرهَمًا، فقال عمرُ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: أَرَى دَراهِمَكم كَثيرةً يا أهلَ حِمصَ! تَمرةٌ خيرٌ

---

(١) في (أ) و(د): عوقب. وهو خطأ شنيع.

(٢) في (د): بإخراب.

(٣) روى البخاري (٣٠١٩)، ومسلم (٢٢٤١) عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة: أن أبا هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ قال: سمعت رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ يقول: «قرصت نملة نبيًّا من الأنبياء، فأمر بقرية النمل فأحرقت، فأوحى الله إليه: أن قرصتك نملة أحرقت أمة من الأمم تسبح».

(٤) في (ج): ما شاء.

(٥) في (هـ) و(ز): مكان كل جرادة.

من جَرادةٍ[1].

فهذا يَدُلُّ على أنه لو تَصدَّق بتَمرةٍ مَكانَ جَرادةٍ جاز.

وإن قَتَل سَبُعًا لا يُؤكَلُ سِوى ما عَدَدناه: يَجِبُ الجَزاءُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا شيءَ عليه؛ لأن النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنما استَثنى الخمسَ: لأنها خُلِقت مُؤذِيةً بطَبعها، فكلُّ ما كان من طَبعه الإيذاءُ صار كالخَمس الْمُستَثناة.

ولأن الكلبَ مُستثنًى في الحَديث، وهو يَتناوَلُ سائِرَ السِّباعِ؛ لأنه سُمِّي به لشِدّته؛ ألا تَرى أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما دَعا على عُتبةَ بنِ أَبي لهَبٍ قال: «اللَّهُمَّ سَلِّط عليه كلبًا من كِلابِك».. فافترَسه أَسَدٌ بدُعائه[2].

---

(١) رواه الإمام مالك في «الموطأ» ١/ ٤١٦ عن يحيى بن سعيد: أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب فسأله عن جرادات قتلها وهو محرم، فقال عمر لكعب: تعال حتى نحكم، فقال كعب: درهم، فقال عمر لكعب: إنك لتجد الدراهم، لتمرة خير من جرادة.

وروى ابن أبي شيبة (١٥٦٢٥) عن كعب أنه مرت به جرادة فضربها بسوطه، فأخذها فشواها، فقالوا له، فقال: هذا خطأ، وأنا أحكم على نفسي في هذا درهمًا، فأتى عمر فقال: وإنكم أهل حمص أكثر شيء دراهم، تمرة خير من جرادة.

(٢) قال الزيلعي في «تخريج أحاديث الكشاف» ٣/ ٣٧٧: عن عروة بن الزبير رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: أن عتبة بن أبي لهب -وكانت تحته ابنة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- أراد الخروج إلى الشام، فقال لآتين محمدًا فلأوذينه، فأتاه فقال: يا محمد! هو كافر بالنجم إذا هوى وبالذي دنا فتدلى، ثم تفل في وجه رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ورد عليه ابنته وطلقها، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اللهم سلط عليه كلبًا من كلابك»، وكان أبو طالب حاضرًا، فوجم لها وقال: ما كان أغناك يا بن أخي عن هذه الدعوة، فرجع عتبة إلى أبيه فأخبره، ثم خرجوا إلى الشام، فنزلوا منزلًا، فأشرف عليهم راهب من الدير فقال لهم: إن هذه أرض مسبعة، فقال أبو لهب لأصحابه: أعينونا يا معشر قريش، فإني أخاف على ابني دعوة محمد، فجمعوا=

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، واسمُ الصَّيدِ يَعُمُّ

=جمالهم وأناخوها حولهم، وأحدقوا بعتبة، فجاء الأسد يشتَمّ وجوههم حتى ضرب عتبة فقتله.

قلت: رواه أبو نعيم في كتابه «دلائل النبوة» (٣٨٠) من حديث محمد بن إسحاق عن عثمان بن عروة بن الزبير عن أبيه... فذكره بلفظ المصنف، إلا أنه قال: فضربه الأسد بذنبه ضربة واحدة فمات مكانه.

ورواه البيهقي في «دلائل النبوة» (٢/ ٢٣٨) والطبراني في «معجمه» (٢٢/ ٤٣٥) في ترجمة رقية ابنة النبي ﷺ من حديث زهير بن العلاء عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة قال: كانت أم كلثوم ابنة النبي ﷺ في الجاهلية تحت عتيبة بن أبي لهب، وكانت رقية تحت أخيه عتبة بن أبي لهب، فلما أنزل الله تعالى: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ﴾ [المسد: ١] قال أبو لهب لابنيه عتيبة وعتبة: رأسي من رؤوسكما حرام إن لم تطلقا ابنتي محمد، وسأل النبي ﷺ عتبة طلاق ابنته رقية، وسألته رقية ذلك، فطلقها وطلق عتيبة أم كلثوم، قال: فلما طلقاهما جاء عتيبة إلى النبي ﷺ فقال له: كفرت بدينك، وفارقت ابنتك، ثم سطا عليه فشق قميص النبي ﷺ، فقال عليه الصلاة السلام: «اللهم سلط عليه كلبك»، فخرج نحو الشام تاجرًا، فنزلوا بمكان يقال له الزرقاء ليلًا، فطاف بهم الأسد، فعدا عليه من بين القوم فقتله، قال زهير بن العلا: وحدثني هشام بن عروة عن أبيه فذكره نحوه، وقال: فلما طاف بي الأسد تلك الليلة وكانوا ناموا، وجعلوا عتيبة وسطهم، فأقبل الأسد يتخطاهم حتى أخذ برأس عتيبة ففدغه، وخلف عثمان بن عفان بعده على رقيه رضي الله عنها. انتهى، ذكره الثعلبي (في «تفسيره» ٩/ ١٣٥) عن عروة بلفظ المصنف من غير سند، وفي آخره شعر حسان.

وروى الحاكم في «المستدرك» (٣٩٨٤) في تفسيره سورة تبت عن عباس بن الفضل الأزرق ثنا الأسود بن شيبان ثنا أبو نوفل بن أبي عقرب عن أبيه قال: كان لهب بن أبي لهب يسب النبي ﷺ ويدعو عليه، فقال النبي ﷺ: «اللهم سلط عليه كلبك»، فجهز أبو لهب البز إلى الشام وبعث معه ولده، وقال لغلمانه: إني أخاف على ابني دعوة محمد، فتعاهدوه، فكانوا إذا نزلوا منزلًا ألزقوه بالحائط، وجعلوا عليه الثياب والمتاع، قال: فبينما هم كذلك إذ جاء سبع فنشله فقتله. انتهى، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ورواه البيهقي في «دلائل النبوة» كذلك وقال: هكذا قال عباس بن الفضل: لهب بن أبي لهب، وعباس ليس بالقوي، وأهل المغازي يقولونه عتبة بن أبي لهب، ومنهم من يقول عتيبة. انتهى.

الكلِّ؛ لأنه سُمِّي به لتَنفُّره وتَوحُّشِه وبُعدِه عن أيدِي النّاسِ، وذا مَوجودٌ فيما لا يُؤكَل لحمُه؛ إذ هو مُتوحِّشٌ مَقصودٌ بالأخذ لجِلده، أو ليُصطادَ به، أو لدَفع أذاه.

ولهذا قال الشّاعرُ:

صيدُ الْمُلوكِ أرانِبٌ وثَعالِبٌ وإذا رَكِبتُ فصَيدِيَ[1] الأبطالُ

وقال:

.... ليثٌ تَزبّى زُبْيةً[2] فاصطِيدا

ولأنّا لو عَلَّلنا الخمسَ الْمُستَثناةَ بمَعنى الإيذاءِ.. لخَرَج الْمُستَثنى من أن يَكونَ مَحصورًا بعَدَد الخمسِ، فكان هذا تَعليلًا مُبطِلًا للنَّصّ.

ولأن الإلحاقَ لو صحَّ قِياسًا -كما قال البعضُ- فإنما يَصِحُّ إن لو كان غيرُ الخمسِ في مَعناه، وليس كذلك؛ لأن من طَبع الخمسِ البِداءةَ بالأذى، وما سِواها لا تُؤذِي إلا أن تُؤذَى.

وهذا لأن الذِّئبَ يَقرُبُ من مَواشِينا، والحِدَأةُ تَعيشُ بالاختِطاف، والفَأرةُ عيشُها من طَعام العِبادِ، وكذا الغُرابُ، والعَقرَبُ تَلدَغُ من تَجِدُه، وليًّا كان أو نبيًّا[3]، واسمُ الكلبِ لا يَقعُ على السَّبُع في الْمُتفاهَم.

ولا يُجاوَزُ(ز) عن شاةٍ بقَتل السَّبُعِ(ف).

---

(١) في (هـ): فصيدك.

(٢) في (هـ): ترقى رتبة.

(٣) لعل المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ يشير إلى ما رواه الطبراني في «الأوسط» (٧٣٢٩) عن سعيد بن المسيب عن عائشة قالت: لدغت النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عقرب وهو في الصلاة، فقال: «لعن الله العقرب، تلدغ المصلي وغير المصلي، اقتلوها في الحل والحرم».

ولا يُجاوَزُ بقِيمته شاةٌ، وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليه قِيمتُه بالِغةً ما بَلَغت؛ لأنه لما حَرُم اصطِيادُه صار كالْمَأكول، وهناك اعتُبِرت قِيمتُه بالِغةً ما بَلَغت، كذا هنا.

ولنا: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الضَّبُعُ صيدٌ، وفيه شاةٌ»[١]، فلا تَجوزُ الزِّيادةُ عليها.

ولأن وُجوبَ الجَزاءِ فيه باعتِبار مَعنى الصَّيديّةِ، لا باعتِبار عينِه؛ إذ هو غيرُ مَأكولٍ، وباعتِبار مَعنى الصَّيديّةِ يَكونُ مُرتكِبًا مَحظورَ إحرامِه، فلا يَلزَمُه أكثرُ من شاةٍ، كسائِر مَحظوراتِ الإحرامِ.

ووُجوبُ الجَزاءِ في مَأكول اللَّحمِ باعتِبار عَينِه؛ لأنه أفسَد لحمَه بفِعله، فتَجِبُ قِيمتُه بالِغةً ما بَلَغت، وكذلك في حُقوق العِبادِ وُجوبُ[٢] الضَّمانِ باعتِبار العَينِ، فيَتقدَّرُ بقِيمتها.

وهذا لأن زِيادةَ القِيمةِ في الفَهد والنَّمِرِ والأسَدِ لِما يُقصَدُ به من التَّفاخُر بإمساكه والتَّلهِّي[٣] به، وذا لا يَتعلَّقُ بكَونه صيدًا، أو لأنه مُحارِبٌ مُؤذٍ، وكلُّ ذلك غيرُ مُعتبَرٍ في حقِّ الْمُحرِمِ، فلا يَجِبُ الضَّمانُ به.

وإن صال[٤] لا[ز] شيءَ، بخِلاف الْمُضطَرِّ.

وإن صال السَّبُعُ على مُحرِمٍ فقَتَله: لا شيءَ عليه.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (هـ): ووجوب.

(٣) في (ز): والتملي.

(٤) صال الفحل يصول صولاً: وثب، قال أبو زيد: إذا وثب البعير على الإبل يقاتلها قلت: استأسد البعير، وصال صَوْلًا وصِيالًا، والصَّولة المرة، والصِّيالة كذلك، وصال عليه: استطال، قال السرقسطي: ومن العرب من يقول: صَؤُل، مثل قَرُب، بالهمز للبعير، وبغير همز للقَرْن على قَرْنه، وهو صؤول. «المصباح» ١/ ٣٥٢.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَغرَمُ قِيمتَه؛ لأن سببَ التَّحريمِ الإحرامُ، وهو قائِمٌ، فلا يَسقُطُ بعَدْوه[1]؛ لأن جُرْحَ العَجماءِ جُبارٌ بالحَديث[2]، فصار كالجَمَل الصّائلِ.

ولنا: ما رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قَتَل ضَبُعًا، وأهدَى كبشًا، وقال: إنّا ابتَدأناه[3].

ففي هذا التَّعليلِ بَيانُ أن البِداءةَ إذا كانَت من السَّبُع لا تُوجِبُ شيئًا؛ لأنه لو كان الوُجوبُ ثابِتًا في الحالَين لَمَا حلَّ التَّخصيصُ؛ لأن السُّكوتَ عن البَيان في مَوضِع الحاجةِ إليه لا يَجوزُ، خُصوصًا بعِلّةٍ زائِدةٍ مُفيدةٍ للخُصوص، ولولا الزِّيادةُ لعَمَّت، فلما خُصَّ وسَكَت في مَوضِع الحاجةِ إليه.. صار بَيانًا.

على أن حُكمَ الْمَسكوتِ عنه بخِلاف ما بُيِّن.

ولأن الشَّرعَ جَعَل الخَمسَ مُستثنًى: لِتَوهُّم الأذَى، وتَحقُّقُ الأذَى أبلَغُ من تَوهُّمه.

فعُلِم أن الشَّرعَ حَرَّم عليه قتلَ الصَّيدِ، وما ألزَمه بحَمل الأذَى عن الصَّيد، فإذا جاء الأذَى منه صار مَأذونًا في دَفع أذَاه، فلا يَجِبُ الضَّمانُ حقًّا للشَّرع مع وُجودِ الإذنِ منه.

بخِلاف الجمَلِ الصّائلِ؛ لأن الضَّمانَ ثَمَّ لحقِّ العبدِ، ولم يُوجَد الإذنُ منه حتى يَسقُطَ الضَّمانُ.

وهذا بخِلاف الْمُحرِمُ إذا كان مُضطَرًّا إلى قَتل صيدٍ فقَتَله؛ فإنه يَجِبُ الجَزاءُ؛ لأن الإذنَ ممن له الحقُّ هناك مُقيَّدٌ، وليس بمُطلَقٍ، فإن الإذنَ في حقِّ الْمُضطَرِّ بقَوله تَعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ...﴾ الآيةَ [البَقَرَة: ١٩٦].

أما الإذنُ عندَ الأذَى: فثابِتٌ مُطلَقًا بقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «خمسٌ من الفواسِق

---

(١) في (هـ): بعذره.

(٢) رواه البخاري (١٤٩٩)، ومسلم (١٧١٠). والجبار: الهدر.

(٣) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٣٧: غريب جدًا. انتهى. وذكره في «المبسوط» ٤/ ٩١.

يُقتَلْنَ في الحِلِّ والحرَمِ»[1] بلا جَزاءٍ، فلا يَجِبُ الضَّمانُ عليه.

والآيةُ وإن وَرَدت في الحَلق.. لكن بمَعنى الاضطِرارِ، فألحَقْناه به دَلالةً.

وإن اضطُرَّ إلى مَيْتةٍ وصيدٍ: أكَلها(س).

وإن اضطُرَّ الْمُحرِمُ إلى أَكل ميْتةٍ وقتلِ صيدٍ: أكَل الميْتةَ، ولا يقتُلُ الصَّيدَ؛ لأن أكلَ الميْتةِ أيسرُ؛ لأنه حقُّ اللهِ تَعالى، وقد أباحَه للضَّرورة.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَقتُلُ الصَّيدَ؛ لأن الكَفّارةَ تَقومُ مَقامَ القتلِ، بخِلاف أكلِ الميْتةِ.

وذَكَر في «الْمَبسوط»: عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: يَتناوَلُ الصَّيدَ، ويُؤدِّي الجَزاءَ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَتناوَلُ الميْتةَ؛ لأنه لو قَتَل الصَّيدَ لصار ميْتةً، فكان جامِعًا بينَ أكلِ الميْتةِ وقتلِ الصَّيدِ، وله غُنيةٌ من[2] أحَدهما بتَناوُل الميْتةِ.

ولنا: أن حُرمةَ[3] الميْتةِ أغلظُ؛ لبَقائها بعدَ الإحرامِ، بخِلاف حُرمةِ الصَّيدِ.

ويَذبَحُ شاةً، وبقَرةً، وبَعيرًا، ودَجاجةً، وبطًّا أهلِيًّا، لا حَمامًا مُسرْوَلًا(ك)[4]، أو ظبيًا مُستأنِسًا.

وللمُحرِمِ أن يَذبَحَ الشّاةَ، والبقَرةَ، والبَعيرَ، والدَّجاجةَ، والبطَّ الأهليَّ؛ لأنها ليست بصُيودٍ؛ فإن الصَّيدَ ما يَكونُ مُمتنِعًا مُتوحِّشًا، فما لا يَكونُ مُمتنِعًا مُتوحِّشًا لا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ز): عن.

(٣) في (ز): جهة.

(٤) حمام مسرول: في رجليه ريش كأنه سراويل. «المغرب» ص٢٢٤.

يَكونُ صيدًا[1].

والْمُرادُ بالبطِّ: الكَسْكَريُّ الذي يَكونُ في الحِياض، فأما البطُّ الذي يَطيرُ: فهو صيدٌ يَجِبُ الجَزاءُ بقَتله.

ولو ذَبَح حَمامًا مُسَرْوَلًا أو ظَبيًا مُستأنِسًا: يَجِبُ الجَزاءُ؛ لأن الحَمامَ والظَّبيَ مُتوحِّشان بأَصل الخِلقةِ، والاستِئناسُ عارِضٌ فيهما[2]، كالبَعير إذا نَدَّ لا يَأخُذُ حُكمَ الصَّيدِ في الحُرمة على الْمُحرِم، وإن أُلحِق به في حُكم الذَّكاةِ.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجِبُ في الحَمام الْمُسَرْوَلِ شيءٌ؛ لأنه مُستأنِسٌ لا يَنفِرُ[3] من النّاس، فصار كالدَّجاج.

ذَبَح مُحرِمٌ صيدًا: حَرُم(ف)، وغَرِم(س م) بأَكله، لا مُحرِمٌ آخَرُ.

وإذا ذَبَح الْمُحرِمُ صيدًا: فذَبيحتُه ميْتةٌ لا يَحِلُّ أكلُها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَحِلُّ للمُحرِم القاتِلِ، ويَحِلُّ لغَيره؛ لأن الذَّكاةَ تَحصُلُ بتَسييل الدَّمِ النَّجِسِ من الحَيَوان.

وشرطُ الحِلِّ التَّسميةُ عندكم، وقد تَحقَّقت منه كما تَحقَّقت من الحَلال، إلا أنه حَرُم التَّناوُلُ على الْمُحرِم عُقوبةً له، وهذا لا يَقتَضي الحُرمةَ في حقِّ غيرِه.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌۚ﴾ [المائدة: ٩٥].

والفِعلُ الْمُحلِّلُ ذَكاةٌ[4]، فلما سُمّي قتلًا دَلَّ أنه غيرُ مُحلِّلٍ.

(١) في (هـ): فما لا يكون بهذه الصفة يكون صيدًا.

(٢) في (ب): لهما، وفي (ز): فهما.

(٣) في (أ) و(ب) و(د): لا يتنفر.

(٤) في (ز): الذكاة.

ولأنه زالَت حَياتُه بفعلٍ غيرِ[1] مَشروعٍ؛ إذ الْمَشروعُ ما يَكونُ ذَكاةً مُطلَقًا شرعًا، وهذا مَحظورٌ شرعًا؛ لما تَلَونا.

وإنما حَرُم لِمَعنًى فيه لا في المحَلِّ، وهو إحرامُه، فصار كذَبح الْمَجوسيِّ؛ فإنه حَرُم لِمَعنًى فيه، وذا ليس بذَكاةٍ، فهذا كذلك.

والذَّبحُ الْمَشروعُ أُقِيم مُقامَ تَسييلِ الدِّماءِ النَّجِسةِ، فدار الحُكمُ معه.

فإن أكَل الْمُحرِمُ الذّابحُ منه فعليه قِيمةُ ما أكَل عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: ليس عليه إلا الاستِغفارُ.

فإن أكَله مُحرِمٌ آخَرُ لا شيءَ عليه عندَهم.

لهما: أنه أكَل ميْتةً، وتَناوُلُ الميْتةِ لا يُوجِبُ إلا الاستِغفارَ، كما لو أكَله غيرُه، ولهذا لو ذَبَح الحَلالُ صيدَ الحَرِمِ[2] فأدّى جَزاءَه، ثم أكَل منه: لا يَلزَمُه شيءٌ آخَرُ.

وله: أنه تَناوَل مَحظورَ إحرامِه، فيَضمَنُه، كما لو قَطَع شجَرَ الحرَمِ.

وهذا لأن إحرامَه هو الذي أخرَج الصَّيدَ عن محَلِّيّة الذَّكاةِ، والذّابحَ عن الأهلِيّة، فصار كونُه ميْتةً مُوجَبَ إحرامِه، فصارَت حُرمتُه بالإحرام بواسِطةٍ، وصار مَحظورًا؛ لأنه ميْتةٌ، ومَحظورًا بالإحرام أيضًا؛ لأنه لا تَنافيَ بينَهما.

بخِلاف الحَلالِ في الحَرَم؛ لأن وُجوبَ الجَزاءِ ثَمَّ[3] باعتِبار الأمنِ الثّابتِ بسَبَب الحرَمِ[4]، وذا للصَّيد لا للَّحم.

---

(١) سقطت من (هـ).

(٢) في (هـ): المحرم.

(٣) في (ز): تم.

(٤) في (ج): بسبب في الحرم.

وحلَّ له لحمُ ما صادَه حَلالٌ[ك] إن لم[و] يَدُلَّ ولم يَأمُر.

ولا بأسَ بأن يَأكُلَ الْمُحرِمُ لحمَ صيدٍ اصطادَه حَلالٌ وذَبَحه إن لم يَدُلَّ الْمُحرِمُ عليه، ولم يَأمُره بصَيده.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: إن اصطادَه الحَلالُ لأَجل الْمُحرِمِ لا يَحِلُّ له تناوُلُه؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للمُحرِمين: «صيدُ البرِّ حَلالٌ عليكم، إلا ما اصطَدتُموه[1] أو صِيدَ لكم»[2].

ولنا: حَديثُ طَلحةَ، فإنه قال: تَذاكَرْنا لحمَ الصَّيدِ في حقِّ الْمُحرِمِ، فارتَفَعت أصواتُنا، ورَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نائِمٌ في حُجرته، فخَرَج إلينا وقال: «فيم كُنتُم؟»، فذَكَرنا له ذلك، فقال: «لا بأسَ به»[3].

واللّامُ فيما رَوى[4] لامُ تَمليكٍ، فيُحمَلُ على أن يُهدى إليه الصَّيدُ دونَ اللَّحمِ، أو مَعناه: أن يُصادَ بأَمره؛ تَوفيقًا بينَ الحَديثَين.

وهل يَحرُمُ الصَّيدُ بالدَّلالة؟ فيه رِوايتان، وحَديثُ أبي قَتادةَ[5] يُرجِّحُ جانِبَ الحُرمةِ.

وبذَبحه صيدَ الحرَمِ قِيمةٌ، ولم يَجُز[ز] صومُه.

وإذا قَتَل الحَلالُ صيدَ الحرَمِ تَجِبُ قِيمتُه، ويَتصدَّقُ بها على الفُقَراء؛ لأنه ثَبَت الأمنُ للصَّيد في الحَرَم.

---

(١) في (د): اضطررتموه.

(٢) رواه أبو داود (١٨٥١)، والترمذي (٨٤٦): بلفظ «صيد البر لكم حلال، مالم تصيدوه أو يصد لكم».

(٣) رواه الإمام أبو حنيفة في «مسنده» -رواية أبي نعيم- ص٣٦، والدينوري في «المجالسة» (٣٥٢٧) من طريق محمد عن الإمام.

(٤) في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «صيد لكم».

(٥) أي الذي فيه قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هل أشرتُم؟ هل أعنتُم؟ هل دَلَلتُم؟»، وقد تقدم مرارًا.

قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن مَكّةَ حَرامٌ، حَرَّمها اللهُ تَعالى يومَ خَلَق السَّمٰواتِ والأرضَ، لا يُختلى خَلاها، ولا يُعضَدُ شوكُها، ولا يُنفَّرُ صيدُها»[1].

وإذا ثَبَت الأمنُ للصَّيد كان القاتِلُ جانِيًا بإتلافه محَلًّا مُحترَمًا مُتقوَّمًا، فلَزِمه جَزاؤُه، والجَزاء: قِيمةُ الصَّيدِ، كما في حقِّ الْمُحرِمِ، إلا أن جَزاءَ صيدِ الحرَمِ يَتأدّى بإِطعام الْمَساكينِ.

لا بالصَّوم، وفي التَّأدِّي بالهَدْي رِوايتان.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتأدّى بالصَّوم أيضًا؛ لأن الواجِبَ عندَه كَفّارةٌ، كالواجِب على الْمُحرِم؛ لأن[2] الوُجوبَ لحقِّ اللهِ تَعالى، فكان جَزاءُ الفعلِ بطَريق الكَفّارةِ مِثلَ ما وَجَب على الْمُحرِم، وذا يَتأدّى بالصَّوم، كذا هذا.

ولنا: أنه غَرامةٌ ماليّةٌ لا كَفّارةٌ، فصار كضَمان الأموالِ.

وهذا لأن وُجوبَ الجَزاءِ باعتِبار تَفويتِ وصفٍ في المحَلّ، وهو الأمنُ الثّابتُ للصَّيد بسَبَب الحرَمِ؛ لأنه لما أزالَ الأمنَ عن محَلٍّ آمِنٍ لحقِّ اللهِ تَعالى.. لَزِم بمُقابَلته[3]

---

(١) رواه البخاري (٤٣١٣) ومسلم (١٣٥٣) بألفاظ متعددة، منها -وهو للبخاري-: عن مجاهد: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قام يوم الفتح فقال: «إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض، فهي حرام بحرام الله إلى يوم القيامة، لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، ولم تحلل لي قط إلا ساعة من الدهر، لا ينفر صيدها، ولا يعضد شوكها، ولا يختلى خلاها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد». فقال العباس بن عبد المطلب: إلا الإذخر يا رسول الله، فإنه لا بد منه للقين والبيوت، فسكت ثم قال: «إلا الإذخر فإنه حلال»، وعن ابن جريج، أخبرني عبد الكريم، عن عكرمة، عن ابن عباس، بمثل هذا أو نحو هذا، رواه أبو هريرة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(٢) في (ز): ولأن.

(٣) في (ب): بمقاتلته.

إثباتُ صِفةِ الأمنِ عن الجُوعِ للفَقيرِ حقًّا لله تَعالى، وذا يَحصُلُ بالإطعام لا بالصِّيام.

والواجِبُ[1] على الْمُحرِمِ كَفّارةٌ، لَمّا ارتكَب فِعلًا مُحرَّمًا حقًّا لله تعالى: وَجَبت جَزاءً لِفعله باعتِبار مَعنًى فيه، وهو إحرامُه.

والصَّومُ يَصلُحُ جَزاءً للأفعال، ولا يَصلُحُ لضَمان الْمَحالِّ، وإن كان وُجوبُها لحقِّ اللهِ تَعالى، كإتلاف مالِ الزَّكاةِ.

دَخَل الحرَمَ بصَيدٍ: أرسَله[ف]، فإن باعَه: رَدَّ إن بَقِي، وإلا ضَمِن.

ومَن دَخَل الحرَمَ بصَيدٍ فعليه أن يُرسِلَه فيه إن كان في يده.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس عليه إرسالُه؛ لأن الأمنَ بسَبَب الحرَمِ يَثبُتُ لحقِّ الشَّرعِ، فإنما يَثبُتُ في الْمُباح دونَ الْمَملوكِ للعَبد[2] لحاجَته[3] كالأَشجار، فإن ما يُنبِتُها النّاسُ في الحَرَم لا تَثبُتُ فيها حُرمةُ الحرَمِ.

وكذا الإسلامُ يَمنَعُ الاستِرقاقَ لحقِّ الشَّرعِ، ولا يُزيلُ الرِّقَّ الثّابتَ قبلَه.

ولنا: أنه لما صار في الحَرَم صار من صَيد الحرَمِ، فوَجَب تركُ التَّعرُّضِ له؛ لاستِحقاقه الأمنَ بالحَديث[4].

وهذا لأن حُرمةَ الحرَمِ كحُرمة الإحرامِ، فكما أن الحُرمةَ بسَبَب الإحرامِ تَثبُتُ في الصَّيد الْمَملوكِ، حتى يَجِبُ إرسالُه.. فكذا الحُرمةُ بسَبَب الحرَمِ.

فإن باع الصَّيدَ بعدَما أُدخِل في الحَرَم: فَسَد البيعُ، فيُرَدُّ إن كان الصَّيدُ قائمًا، وإن

(١) في (ب): فالواجب.

(٢) في (هـ): المعتد.

(٣) في (ب): بحاجته.

(٤) أي قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ولا ينفر صيدها».

كان فائِتًا فعليه جَزاؤُه؛ لأن حُرمةَ الحرَمِ في الصَّيد تَمنَعُ بيعَه، كحُرمة الإحرامِ.

بخِلاف بَيتِه(ف) أو قَفَصِه(ف).

وإن أحرَم وفي بَيته أو قفَصِه صيدٌ[1] ليس عليه إرسالُه.

وقال الشّافعيُّ: يَلزَمُه إرسالُه؛ لأنه مُتعرِّضٌ للصَّيد بإمساكه إيّاه في مِلكه، وذا حَرامٌ عليه بسَبَب الإحرامِ، فلَزِمه إرسالُه كما لو كان الصَّيدُ في يَده.

ولنا: إجماعُ الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فإن مَنازِلَهم لم تكن خالِيةً عن الصَّيد، ولم يُرسِلوها، ولم يَأمُروا بذلك[2].

ولأن الْمُستحَقَّ عليه تركُ التَّعرُّضِ للصَّيد لا إزالةُ مِلكِه، وتَعرُّضُه إنما يَتحقَّقُ إذا كان في يَده بإِمساكه، فأما إذا لم يكن الصَّيدُ في يَده: فلا يَكونُ مُتعرِّضًا له؛ لأنه ليس بإمساكٍ منه، وكذا الذي في القَفَص مَحفوظٌ بالقَفَص، وإنما بَقِي عليه مِلكُ الرَّقَبةِ، وذا ليس بتَعرُّضٍ له.

ألا تَرى أنه لو أرسَله في الْمَفازة لم يَبطُل مِلكُه[3]، ولم يَبقَ مُتعرِّضًا له.

ولا فرقَ بينَ أن يَكونَ القفَصُ في يَده أو في رَحله.

وقِيل: إذا كان القفَصُ في يَده لَزِمه إرسالُه؛ لأن القفَصَ كالحُقّة للدُّرَّة، ومُمسِكُ الحُقّةِ مُمسِكٌ للدُّرّة.

حَلالٌ أخَذ صيدًا، فأحرَم: ضَمِن(س م) مُرسِلُه من يَده، ولو أخَذ مُحرِمٌ لا.

---

(١) في (ج): (حينئذ) بدل (صيد).

(٢) روى ابن أبي شيبة (١٤٨٦٤) عن عبد الله بن الحارث قال: كنا نحج ونترك عند أهلنا أشياء من الصيد، ما نرسلها.

(٣) في (ب): حكمه.

حَلالٌ أخَذ صيدًا فأحرَم، فأرسَله مِن يَدِه غيرُه: ضَمِن قِيمتَه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: لا يَضمَنُ الْمُرسِلُ؛ لأنه يَجِبُ عليه إرسالُه، فإذا أقامَه غيرُه حِسبةً لم يَضمَن؛ لأنه أمرٌ بالْمَعروف ونهيٌ عن الْمُنكَر، كمن أَراق خمرَ مُسلِمٍ.

وله: أنه أتلَف مِلكَه بإرساله، فضَمِنه.

وهذا لأن الصَّيدَ قبلَ إحرامِه كان مِلكًا له مُتقوِّمًا، ولم يَبطُل تَقوُّمُه بإحرامه، فالْمُرسِلُ أتلَف عليه مِلكًا مُتقوِّمًا له، فيَضمَنُه، بخِلاف إراقةِ خمرِ مُسلِمٍ.

والواجِبُ عليه رفعُ يدِه، ولو رَفَعه بنَفسه لرَفَعه على وجهٍ لا يُفوِّتُ مِلكَه بعدَما يَحِلُّ من إحرامه، فإذا فَوَّت الْمُرسِلُ مِلكَه فقد زاد على ما يَحِقُّ عليه، فيَضمَنُه.

وهو نَظيرُ اختِلافِهم فيمن أتلَف مَعازِفَ غيرِه، أي الْمَلاهيَ، كالبَرْبَط والْمِزمارِ، فعندَه: يَضمَنُ قِيمتَه لغَير لهوٍ، وعندَهما: لا يَضمَنُ.

ولو أخَذ مُحرِمٌ صيدًا، فأرسلَه من يَده غيرُه: لم يَضمَن اتِّفاقًا.

لأنه بالأخذ لم يَملِكه؛ لأن صيدَ البرِّ لم يَبقَ[1] محَلًّا للتَّملُّك في حقِّ الْمُحرِمِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًاۗ﴾ [المَائِدَة: ٩٦]، فلم يكن الْمُرسِلُ مُفوِّتًا عليه مِلكًا مُتقوِّمًا، وهنا بالإحرام لم يَبطُل مِلكُه عنه على ما مرّ.

ولهذا إذا أخَذ الْمُحرِمُ صيدًا، ثم أرسلَه وأخَذه غيرُه، فحَلّ: لا يُستردُّ منه، ولو أحرَم وفي يَده صيدٌ، فأرسَله، ثم وَجَده بعدَما حلَّ في يَد غيرِه: له أن يَستردَّ منه.

فإن قتَله مُحرِمٌ آخرُ: ضَمِنا، ورَجَع[ز] آخِذُه على قاتِله، ولو حَلالًا[ف].

فإن قتَله مُحرِمٌ آخرُ في يَده: ضَمِن كلُّ واحِدٍ منهما جَزاءَه.

---

(١) في (ز): لم يتحقق.

أما القاتِلُ: فلأنه جَنى على إِحرامه بقَتل الصَّيدِ الْمُحرَّمِ عليه، وأما الآخِذُ: فلأنه أتلَف مَعنى الصَّيديّةِ حُكمًا بإِثبات يدِه.

ثم يَرجِعُ الآخِذُ بما ضَمِن من الجَزاء على القاتِلِ، وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَرجِعُ.

لأنه لم يَملِك الصَّيدَ، ولا كانَت له فيه يدٌ مُحترَمةٌ، ووُجوبُ الضَّمانِ بتَفويت يدٍ أو مِلكٍ ولم يُوجَد.

ولنا: أن يدَه على هذا الصَّيدِ كانَت مُعتبَرةً؛ لتَمكُّنه به من إِرساله وإِسقاطِ الضَّمانِ عن نَفسه، والقاتِلُ فوَّت عليه هذه اليدَ، فضَمِن، وإن لم يَملِكه الآخِذُ.

ولأنه قَرَّر(١) عليه ما كان على شَرَف السُّقوطِ، وهو سبَبُ الرُّجوعِ عليه، كشُهود الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ إذا رَجَعوا.

ولو قَتَل حَلالٌ صيدًا في يَد الْمُحرِمِ، وضَمِن الْمُحرِمُ: رَجَع بذلك الضَّمانِ عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والحُجَجُ مَرَّت.

وحَرُم قطعُ حَشيشِ الحرَمِ، وشجَرٍ رَطْبٍ غيرِ مَملوكٍ، ولا مما يُنبِتُه النّاسُ، ورَعْيُه(س)، إلا الإذخِرَ(٢).

وإن قَطَع حَشيشَ الحرَمِ، أو شَجرةً ليست بمَملوكةٍ، ولا مما يُنبِتُه النّاسُ: فعليه قِيمتُه.

اعلَم أن شجَرَ الحرَمِ أربَعةُ أنواعٍ، ثَلاثةٌ منها يَحِلُّ قطعُها والانتِفاعُ بها بلا جَزاءٍ، وواحِدةٌ منها لا يَحِلُّ قطعُها والانتِفاعُ بها بلا جَزاءٍ.

---

(١) في (أ): قدر، وفي (هـ): فوت.

(٢) نبات كهيئة الكولان، ذفر الرائحة، والطاقة الواحدة إذخرة. «المغرب» ص١٧٤.

الإذخر: بكسر الهمزة والخاء: نبات معروف، ذكي الريح، وإذا جف ابيض. «المصباح» ١/ ٢٠٧.

أما الثَّلاثُ الأُوَلُ:

فكلُّ شجَرٍ أنبَته النّاسُ، وهو من جِنس ما يُنبِتُه النّاسُ.

وكلُّ شجَرٍ أنبَته النّاسُ، وهو ليس من جِنس ما يُنبِتُه الناس.

وكلُّ شجَرٍ نبَت بنَفسه، وهو من جِنس ما يُنبِتُه النّاسُ.

والرّابعُ: ما نبَت بنَفسه، وهو من جِنس ما يُنبِتُه النّاسُ، فإنه لا يَحِلُّ قطعُ هذا الرّابعِ والانتِفاعُ به.

والأصلُ فيه: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ألا لا يُختلى خَلاها[1]»[2].

نَهى عن اختِلاء الخَلاءِ الْمَنسوبِ إلى الحَرَم، وإنما يُنسَبُ إلى الحَرَم على الإطلاق إذا لم يكن مَملوكًا لأحدٍ ولا مَنسوبًا إليه بالإنبات؛ لأنه سببُ الْمِلكِ؛ إذ حَياتُه مُضافةٌ إلى الْمُنبِت، حتى لو غَصَب تالةً وغَرَسها في مِلك رَجُلٍ: فهي له لا لصاحِب الأرضِ.

وكونُه مما يُنبِتُه النّاسُ أُقِيم مُقامَ الإنباتِ تَيسيرًا؛ لأن مُراعاةَ الإنباتِ في كلِّ شجَرٍ يَتعذَّرُ.

ولا مَدخَلَ للصَّوم في هذه القِيمةِ، وإنما له أن يُطعِمَ أو يُهدِيَ في رِوايةٍ، على قِياس ما مرَّ في صَيد الحرَمِ، ويَتصدَّقُ بقِيمته على الفُقَراء.

وإذا أدّى القِيمةَ مَلَك الْمَضمونَ، كما في حُقوق العِبادِ.

وكُرِه بيعُه بعدَ القطعِ؛ لأنه لو أُبيح له ذلك لتَطرَّق النّاسُ إلى مِثله، فلم تَبقَ أشجارُ الحرَمِ.

---

(١) في (ز): خلاؤها.

(٢) رواه البخاري (١٣٤٩) ومسلم (١٣٥٥).

وفيه إيحاشُ صيدِ الحرَمِ؛ لأنها تَستظِلُّ بظِلِّها، وتتَّخِذُ الأوكارَ على أغصانها.

ولو نبَت بنفسه ما لا يَنبُتُ عادةً في مِلك رَجُلٍ، بأن نبَت في مِلك رَجُلٍ أُمُّ غَيلانَ، فقَطَعه إنسانٌ: فعليه قِيمتُه لمالِكه، وقِيمتُه لحقِّ الشَّرعِ، كما لو قَتَل صيدًا مملوكًا في الحَرَم.

وما جفَّ من شَجَر الحرَمِ لا ضَمانَ فيه[1]، ويَحِلُّ الانتِفاعُ به؛ لأنه حطَبُ الحرَمِ، وليس بنامٍ، وثُبوتُ الحُرمةِ بسَبَب الحرَمِ لما يكونُ نامِيًا فيه.

ولا يُرعى حَشيشُ الحرَمِ، ولا يُقطَع، إلا الإذخِرَ، وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا بأسَ بالرَّعي؛ لأن الزّائرين يَكونُون على الدَّوابِّ، فلو مَنَعوها عن رَعي الحَشيشِ لوَقَعوا في حرَجٍ عَظيمٍ.

وحملُ الحَشيشِ من الحِلِّ مُتعسِّرٌ[2]، فرُخِّص فيه دفعًا للحَرَج.

ولهما[3]: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يُختلى خَلاها»[4].

وفي الرَّعي ارتِكابُ الْمَنهيِّ؛ لأن مَشافِرَ الدَّوابِّ كالْمَناجِل، وحملُ الحَشيشِ من الحِلِّ مُتيسِّرٌ، فلا حرَجَ.

ولئن كان قائِمًا يُعتبرُ فيما ليس فيه نصٌّ، بخِلافه، فأما مع وُجودِ النَّصِّ بخِلافه: فلا.

بخِلاف الإذخِرِ؛ لأنه لما قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يُختلى خَلاها، ولا يُعضَدُ شوكُها»، قال العبّاسُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إلا الإذخِرَ يا رَسولَ اللهِ!، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إلا

---

(١) في (ج): عليه.

(٢) في (ب): متعذر.

(٣) في (ز): ولنا.

(٤) تقدم تخريجه.

الإذخِرَ»[1]، فلهذا يَجوزُ قطعُه ورعيُه.

ولا بأسَ بأَخذ الكَمْأةِ في الحَرَم؛ لأنها ليست من نَبات الأرضِ؛ لأن النَّباتَ ما يَنبُتُ من ماء الأرضِ، وهي لا تَنبُتُ منه، بل هي مُودَعةٌ فيها، وتَنبُتُ من ماء السَّماءِ.

ولا حَرَمَ للمَدينة(ف).

ولا حرَمَ للمَدينة، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]؛ لأن حِلَّ الاصطِيادِ عُرِف بالنُّصوص القاطِعةِ[3]، فلا يَحرُمُ إلا بدَليلٍ قَطعيٍّ، ولم يُوجَد.

ومَرويُّه[4] مُحتمِلٌ.

وكلُّ شيءٍ على الْمُفرِد به دمٌ: فعلى القارِن دَمان(ف)، إلا أن يُجاوِزَ الْمِيقاتِ(ز) غيرَ مُحرِمٍ.

وكلُّ شيءٍ يَجِبُ على الْمُفرِد فيه دمٌ: فعلى القارِن دَمان، دمٌ لحَجّته ودمٌ لعُمرته.

---

(١) رواه البخاري (١٣٤٩) ومسلم (١٣٥٥).

(٢) قال في «البحر» ٣/ ٤٣: قد وردت أحاديث كثيرة في الصحيحين وغيرها صريحة في تحريم المدينة كمكة، وأوّلها أصحابنا بأن المراد بالتحريم التعظيم، ويرده ما ثبت في «صحيح» مسلم أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إني حرمت المدينة ما بين لابتيها، لا تقطع أغصانها، ولا يصاد صيدها»، فهو صريح في أن لها حرمًا كمكة، فلا يجوز قطع شجرها، ولا الاصطياد فيها.

والأحسن الاستدلال بحديث أنس الثابت في الصحيحين: أنه كان له أخ صغير يقال له أبو عمير، وكان له نغير يلعب به، فمات النغير، فكان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «يا أبا عمير ما فعل النغير؟»، ولو كان للمدينة حرم لكان إرساله واجبًا عليه، ولأنكر عليه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في إمساكه ولا يمازحه، وأجاب في «المحيط» عن الأحاديث الصحيحة في أن لها حرمًا: أنها من أخبار الآحاد.

(٣) منها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢].

(٤) أي حديث مسلم: «إني حرمت المدينة ما بين لابتيها، لا تقطع أغصانها، ولا يصاد صيدها».

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: دمٌ واحِدٌ، وهو بِناءً على أنه مُحرِمٌ بإحرامٍ واحِدٍ عندَه؛ لأنه يَقولُ بالتَّداخُل، وعندَنا: بإحرامَين؛ لما مرّ، فيَكونُ جانِيًا عليهما، فيَجِبُ الدَّمان.

وهذا كالقَتل خطأً، فإنه جِنايةٌ في حقِّ الْمُسلِمِ بإِراقة دمِه، وجِنايةٌ في حقِّ اللهِ تَعالى بهَدم بُنيانِ الرَّبِّ، فتَجِبُ الدِّيَةُ حقًّا للمُسلِم، والكَفّارةُ حقًّا لله تَعالى.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَتداخَلا، كحُرمة الإحرامِ والحرَمِ، فإن الْمُحرِمَ إذا قَتل صيدَ الحرَمِ يَجِبُ عليه جَزاءٌ واحِدٌ.

قُلنا: حُرمةُ الإحرامِ أَقوى من حُرمة الحرَمِ؛ لأنه يَحرُمُ قتلُ الصَّيدِ في كلِّ مَكانٍ، والحرَمُ لا يُحرِّمُه إلا فيه.

ولأن الإحرامَ يُحرِّمُ الصَّيدَ، والحلقَ، والتَّطيُّبَ، ولُبسَ الْمَخيطِ، والحرَمُ لا يُحرِّمُ إلا الصَّيدَ وتَوابِعَه، كالحَشيش والشَّجَر، فتَبع أضعفُ الحُرمتَين أَقواهما.

ولا كذلك الحجُّ والعُمرةُ؛ لاستِوائهما إحرامًا، وإن اختَلَفا أداءً؛ إذ بِإحرام العُمرةِ يَحرُمُ جَميعُ ما يَحرُمُ بإِحرام الحجِّ من الصَّيد، والحلقِ، والتَّطيُّبِ، ولُبسِ الْمَخيطِ.

وإذا استَويا لم يَتبَع أحَدُهما الآخَرَ، بل اعتُبِرا كحُرمة الجِماعِ بسَبَب الصَّومِ وعدَمِ الْمِلكِ إذا اجتَمَعا، بأنْ زَنى صائِمٌ في رَمَضان.. يَجِبُ الحدُّ والكَفّارةُ.

إلا أن يَتجاوَزَ الْمِيقاتَ غيرَ مُحرِمٍ بالعُمرة أو الحجِّ، فيَلزَمُه دمٌ واحِدٌ، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

هو يَعتبِرُه بسائِر الجِناياتِ.

ولنا: أنه لم يَجنِ إلا جِنايةً واحِدةً، وهو قَضاءُ حقِّ الْمِيقاتِ، فلم يَجب عليه إلا دمٌ واحِدٌ.

وهذا لأنه إنما يَجِبُ الجَزاءان لكَونه قارِنًا، فكان مُحرِمًا بإحرامَين، فيَكونُ جانِيًا على إحرامَين، وحينَ جاوَزَ الْمِيقاتَ لم يكن قارِنًا، فلم يَجنِ على الإحرامَين، إلا أنه يَجِبُ عليه دمٌ واحِدٌ؛ لأنه يَجِبُ عليه إحرامٌ واحِدٌ لحُرمة الوقتِ.

ولهذا لو أحرَم بالعُمرة من الْمِيقات، ثم أحرَم بالحجِّ بعدَما جاوَزه: لا شيءَ عليه.

قَتَل مُحرِمان صيدًا: تَعدَّد(ف) الجَزاءُ، وفي حَلالَين لا.

اشتَرَكَ مُحرِمان في قَتل صيدٍ: فعلى كلِّ واحِدٍ منهما جَزاءٌ كامِلٌ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عليهما جَزاءٌ واحِدٌ.

والأصلُ: أن ما وَجَب من الجَزاء بقَتل الصَّيدِ بدَلٌ محضٌ عن الصَّيد عندَه؛ لأنه يَزدادُ الواجِبُ بكُبْره، ويَنتقِصُ بصِغَره.

ولو كان كَفّارةً لم يَختلِف، ككَفّارة الحلقِ، لا تَتفاوَتُ بصِغَر الرَّأسِ وكُبرِه.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كَفارةٌ محضةٌ؛ لأنه وَجَب بارتِكاب مَحظورِ الإحرامِ، فكان كَفّارةً، كالذي يَجِبُ بحَلق الرَّأسِ ولُبسِ الْمَخيطِ.

وعندَنا: كَفّارةٌ وبدَلٌ؛ لأن اللهَ تَعالى سَمّاه كَفّارةً بقَوله: ﴿أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٩٥]، واعتُبِر الْمُماثَلةُ بينَ الْمَقتولِ وبينَ الجَزاءِ بقَوله تعالى: ﴿مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، فجَمَعنا بينَ الأمرَين عمَلًا بالدَّليلَين.

فإن قيل: إنما يَجِبُ العمَلُ بهما إذا أمكَن، ولا إمكانَ؛ لأن البَدليّةَ تُنافِي الكَفّارةَ؛ إذ البدَلُ يَقومُ مَقامَ الأصلِ، فردُّه كردِّ الأصلِ، وبردِّ الأصلِ تَرتفِعُ الجِنايةُ، والكَفّارةُ تُقرِّرُها[1]، لكنها تَرفَعُ الإثمَ.

---

(١) في (ز): بفروعها.

قُلنا: الجِنايةُ ارتَفَعت في حقِّ الصَّيدِ؛ لكَونه بدَلًا، لكن الجِنايةُ تَبقى على الإحرام، فتَحتاجُ إلى كَفّارةٍ تَرفَعُ إثمَها.

وهذا كالقِصاص، فإنه بدَلٌ عن الْمَقتول، حتى يُورَثُ، كالدِّيَة وجَزاءِ الفعلِ، حتى يتَعدَّدُ بتَعدُّد القَتَلةِ، فكذا هنا الواجِبُ على الْمُحرِم جَزاءُ فعلِه.

وفعلُ كلِّ واحِدٍ من القاتِلين كامِلٌ، جَنى به على إحرامٍ كامِلٍ، حتى يَحنَثان لو حَلَفا عليه، فجُعِل كلُّ واحِدٍ من القاتِلين كأنْ ليس معه غيرُه، كالقِصاص، يُجعَلُ كلُّ قاتِلٍ كالْمُنفرِد به.

وإذا قَتَل حَلالان صيدَ الحرَمِ: فعليهما جَزاءٌ واحِدٌ؛ لأن الواجِبَ ضَمانُ المحَلِّ، ويُسلَكُ به مَسلَكَ الغَراماتِ، حتى لا[1] يَدخُلُ الصَّومُ فيه، فيَتَّحِدُ باتِّحاد المحَلِّ، ويَتعدَّدُ بتَعدُّده.

ولا اعتِبارَ لتَعدُّد الفاعِلِ واتِّحادِه، كالدِّيَة، فإنها لا تَتعدَّدُ بتَعدُّد القاتِلين، وفيما تَقدَّم الواجِبُ كَفّارةٌ تَجِبُ جَزاءً للفِعل، فتَتعدّدُ بتَعدُّد الفاعِلين.

وهذا لأن الْمُعتبَرَ ثَمَّ حُرمةُ الإحرامِ، وإحرامُ زيدٍ غيرُ إحرامِ عمرٍو، وهنا حُرمةُ الحرَمِ، وهو مُتَّحِدٌ في حقِّ القاتِلين.

ولهذا لو قَتَل جَماعةٌ رَجُلًا خطأً تَجِبُ عليهم دِيَةٌ واحِدةٌ؛ لكَونها بدَلَ المحَلِّ، وعلى كلِّ واحِدٍ كفّارةٌ؛ لكَونها جَزاءَ الفعلِ.

بَطَل بيعُ الْمُحرِمِ صيدًا وشِراؤُه.

وإذا باع الْمُحرِمُ صيدًا أو ابتاعَه: فهو باطِلٌ؛ لأنه إن باعه حيًّا فقد تَعرَّض للصَّيد

---

(١) سقطت من (د).

الآمِنِ، وهو مَنهيٌّ عنه، وإن باعَه بعدَما قَتَله فقد باع ميْتةً؛ لأن الشّارعَ أخرَجه عن أهليّة الذَّبحِ.

جَنى على صَيد الحرَمِ، فزاد سِعرًا[1] أو بَدَنًا: ضَمِنها، وكذا إن كَفَّر، فزاد، وكان صيدَ الحرَمِ، أو زاد وهو مُحرِمٌ، وإن كان صيدَ حِلٍّ، أو حَلّ، فزاد: لا.

والزِّيادةُ الحادِثةُ في صَيد الحرَمِ من حيث السِّعرُ[2] أو العَينُ بعدَ الجِنايةِ: مَضمونةٌ على الجانِي؛ لأن ضَمانَ الأصلِ يَسري إلى الزِّيادة؛ لأنه مُطالَبٌ بردِّ الزِّيادةِ من صاحِب الحقِّ، كما هو مُطالَبٌ بردِّ الأصلِ.

بخِلاف الغصبِ؛ لأن الزَّوائدَ تَحدُثُ أمانةً عندَنا، إلا إذا طُولِب بالرَّدّ، ولم يُوجَد من المالِك طلَبُ الزِّيادةِ، فلا تَدخُلُ الزِّيادةُ في الضَّمان، وهنا صاحِبُ الحقِّ اللهُ تَعالى، وهو يُطالِبُه بالرَّدِّ في كلِّ وقتٍ، فوُجِد منعُ الزِّيادةِ بعدَ طلَبِ صاحِبِ الحقِّ، فيَضمَنُها.

وإن أدّى ضَمانَ الأصلِ، ثم حَدَثت الزِّيادةُ.. إن كانَت الجِنايةُ على صَيد الحرَمِ، أو زاد وهو مُحرِمٌ: فكذلك، وإن كانَت الجِنايةُ على صَيد الحِلِّ، أو زاد بعدَما حلَّ الْمُحرِمُ: لا يَضمَنُ الزِّيادةَ.

أخرَج ظَبيةَ الحرَمِ، فوَلَدت، وماتا: ضَمِنهما، فإن أدّى جَزاءَها، فوَلَدت: لا.

بَيانُه: حَلالٌ أخرَج ظَبيةً من الحَرَم: وَجَب عليه الرَّدُّ والإرسالُ، فإن لم يَفعَل: ضَمِن الجَزاءَ.

---

(١) السِّعرُ بالكسر: في الطعام، وهو الثمن الذي تقف فيه الأسواق، والتسعير: إيقافها على ثمن معلوم لا يزاد عليه. «المشارق» ٢/ ٢٢٥.

(٢) في (ج) و(هـ): الشعر.

فإن وَلَدت، أو ازدادَت في البَدَن أو السِّعرِ[١]، بعدَما أرسَله في الحِلّ فماتا: ضَمِن الولَدَ والزِّيادةَ؛ لأن الصَّيدَ أمِن بتَوحُّشه وامتِناعِه، فالجِنايةُ عليه بإِثبات اليدِ عليه؛ لزَوال التَّوحُّشِ عنه به، والفرعُ ساوى الأصلَ في الإثبات، فساواه في الحُكم، وهو الجَزاءُ.

بخِلاف زَوائدِ الغصبِ؛ لأن الأموالَ تُحفَظُ بالأَيدي، فالجِنايةُ بقَطع اليدِ ثَمّ.

فإن أدّى الجَزاءَ، ثم وَلَدت أو ازدادَت: لم يَضمَن الولَدَ والزِّيادةَ؛ لأنه صيدُ حِلٍّ، وقد عُدِم أثرُ الفعلِ بالتَّكفير، حتى لو أنشَأ[٢] الفعلَ فيه لم[٣] يَضمَن.

ولو باعَها بعدَما أخرَجها من الحَرَم: جاز؛ لأنها مَملوكتُه، ووُجوبُ الإرسالِ لا يُنافي الْمِلكَ، كما لو أخَذها في الحِلِّ وأدخَلها في الحَرَم، إلا أنه يُكرَهُ؛ لأن ابتِداءَ الفعلِ وَقَع مَعصِيةً.

وكذا لو ذَبَح يَحِلُّ أكلُها؛ لأنهما[٤] في الحِلّ،

والزِّيادةُ كالوَلَد.

فإن زادَت في بدَنٍ أو سِعرٍ[٥]، أو وَلَدت في يَد الْمُشتَري، ثم ماتا: ضَمِن البائعُ الزِّيادةَ والولَدَ قبلَ التَّكفيرِ لا بعدَه، كما قبْلَ[٦] البيعِ.

وله بيعُها، وذبحُها، كمن أوجَب بَدَنةً.

---

(١) في (ج) و(هـ): الشعر.

(٢) في (و) و(ز): انتفا.

(٣) سقطت من (ب).

(٤) في (أ) و(ج) و(هـ): لأنها.

(٥) في (هـ): شعر.

(٦) في (ز): كما في.

ولو أوجَب على نَفسه بَدَنةً وقَلَّدها، فَريضةً أو تَطوُّعًا، ثم باعَها: جاز.

وكُرِه؛ لبَقائها على مِلكه، وعليه مِثلُها.

فإن لم يُعيِّن مَكانَها أُخرى حتى زادَت في سِعرٍ[1] أو بدَنٍ، أو وَلَدت: فعليه مِثلُها زائِدةً ومِثلُ ولَدِها؛ لأنها تَعيَّنت لإقامة القُربةِ، فظَهَر في الزِّيادة.

وإن عَيَّن لا يَضمَنُ الزِّيادةَ؛ لانتِقال حقِّ اللهِ تَعالى عنها.

رَمى حَلالٌ من الحَرَم صيدَ حِلٍّ: ضَمِن(ز)، وحُكمُ الزِّيادةِ مرّ.

حَلالٌ رَمى من الحَرَم صيدَ حِلٍّ: ضَمِن، خِلافًا لزفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الصَّيدَ يَصيرُ آمِنًا بإِحرام الصّائِدِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ﴾ [المائدة: ٩٥]، وبدُخول الصَّيدِ في الحَرَم؛ لقَوله تَعالى: ﴿أَوَلَمۡ يَرَوۡاْ أَنَّا جَعَلۡنَا حَرَمًا ءَامِنٗا﴾ [العنكبوت: ٦٧].

ولقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «لا يُنفَّرُ صيدُها»[2].

وبدُخول الصّائدِ في الحَرَم، فيَحرُمُ الفعلُ الذي هو تَعرُّضٌ للصَّيد؛ تَعظيمًا للحَرم.

فلو ازدادَت القِيمةُ ثم مات: ضَمِن الزِّيادةَ؛ لما مرّ.

فإن كَفَّر، ثم ازدادَت القِيمةُ: لم يَضمَن الزِّيادةَ؛ لأن أثرَ الفعلِ عُدِم بالتَّكفير، والمحَلُّ صار بحالٍ لو أنشأ الفعلَ فيه لم يَضمَن، فكذا إذا تَلِف بأثَر الفعلِ.

حَلالٌ جَرح صيدَ الحرَمِ، ثم زادَت قِيمتُه بسِعرٍ[3] أو بدَنٍ، فمات من الجِراحة: ضَمِن نُقصانَ الجِراحةِ، وقيمتَه يوم مات، وإن انتَقَصت قِيمتُه بسِعرٍ، ثم مات: ضَمِن

(١) في (هـ): شعر.

(٢) رواه البخاري (١٣٤٩) ومسلم (١٣٥٥).

(٣) في (هـ): بشعر.

قِيمتَه يومَ جُرِح؛ إذ في الْمَملوك تُعتبَرُ القِيمةُ يومَ الجَرحِ، فهنا أولى.

والنُّقصانُ لا بتلك الجِراحةِ غيرُ مَضمونٍ؛ لأنه ما حَدَث بمُباشَرته ولا بأثَر فِعلِه.

ولو أدّى الجَزاءَ، ثم زادَت قِيمتُه في الحَرَم بسِعرٍ[1] أو بدَنٍ، ثم مات من الجَرح: ضَمِن الزِّيادةَ، كما قبلَ التَّكفيرِ؛ لأن السِّرايةَ حَصَلت في حالٍ لو أنشأ الفعلَ فيه يَضمَنُ.

مُحرِمٌ جَرَح صيدًا في الحِلّ، ثم حلَّ من الإحرام، فزاد سِعرًا[2] أو بدَنًا: ضَمِن النُّقصانَ، وقِيمتَه كامِلةً يومَ مات؛ لحُدوثها عن أصلٍ مَضمونٍ.

وإن فَدى قبلَ الزِّيادةِ لا يَضمَنُها؛ لأنه لما حلَّ وفَدى صار الفِعلُ مَمحُوًّا.

فإن كان مُحرِمًا بعدُ ضَمِن الزِّيادةَ بعدَ الفِداءِ؛ لأن أثَرَ الفعلِ وُجِد في حالٍ لو أنشَأه ضَمِن.

وإن كان الصَّيدُ في يَده ففُدِي، ثم مات: ضَمِن قِيمةً[3] مُستقبَلةً يومَ مات؛ لأن الإمساكَ جِنايةٌ مُستقبَلةٌ، فصار كما لو أنشَأ الفعلَ في هذه الحالةِ.

بخِلاف ما لو حلّ؛ لأن الإمساكَ منه ليس بجِنايةٍ.

حَلالٌ جَرَح صيدَ الحرَمِ، وبَقِي صيدًا، وجَرَحه آخَرُ مِثلَه، ومات: ضَمِن كلٌّ ما نَقَصه يومَ جَرْحِه، وباقِي قِيمتِه عليهما.

حَلالٌ جَرَح صيدَ الحرَمِ ولم يُخرِجه عن الصَّيديّة، وجَرَح حَلالٌ آخَرُ مِثلَ ذلك، ومات منهما: فعلى الأوّل ما نَقَصه جَرحُه وهو صَحيحٌ، وعلى الثّاني ما نَقَصه جَرحُه وهو جَريحٌ؛ إذ كلُّ واحِدٍ تَفرَّد بهذا النُّقصانِ.

---

(١) في (هـ): بشعر.

(٢) في (هـ): شعرًا.

(٣) في (ج) و(هـ): قيمته.

وما بَقِي من قِيمته فعليهما نِصفان؛ لأنها بدَلُ المحَلِّ، وقد اشترَكا في إتلافه.

ولو قَطَع الأوَّلُ يدَه أو رِجلَه، والآخَرُ كذلك: ضَمِن الأوَّلُ قِيمتَه كامِلةً، والثّاني نُقصانَه، ونِصفَ قِيمتِه يومَ مات.

فإن قَطَع الأوَّلُ يدَه أو رِجلَه فأخرَجه من الصَّيديّة، ثم قَطَع الآخَرُ يدَه أو رِجلَه: ضَمِن الأوَّلُ قِيمتَه كامِلةً، مات أوْ لا؛ لأنه أتلَفه حُكمًا من حيث الأمنُ، حتى كانَت ذَكاتُه ذَكاةَ الاختِيارِ.

وضَمِن الثّاني ما نَقَصه بقَطعه؛ لأنه لم يُخرِجه من الصَّيديّة.

والإتلافُ الحُكميُّ لا يَتكرَّرُ من جِهةٍ واحِدةٍ، كالحَقيقيّ، وهو حَرامُ التَّعرُّضِ في نَفسه، فيَضمَنُ ما انتَقص.

فإن مات: ضَمِن الثّاني نِصفَ قِيمتِه وبه الجِنايتان؛ لأنه صار مُستهلِكًا حَقيقةً بأثَر الفعلِ.

وكان يَنبَغي أن يَجِبَ الضَّمانُ عليهما، إلا أن الأوَّلَ ضَمِن كلَّ القِيمةِ مرّةً، فلا يَضمَنُ ثانيًا.

ولو زاد بينَهما ضَمِن الأوَّلُ ما نقصَتْه جِنايتُه غيرَ زائِدةٍ، وقِيمتَه زائِدةً يومَ مات وبه الجِنايةُ الثّانيةُ، وضَمِن الثّاني ما نقصَتْه جِنايتُه زائِدةً، ونِصفَ قِيمتِه يومَ مات وبه الجِنايتان.

ولو فَقَأ[1] الثّاني عينَيه، أو قتَله: ضَمِن للأوَّلِ[2] ....

---

(١) فقأت عينَه أفقؤها: مهموز بفتحتين: بخصتها، وفقأت البثرة: شققتها، فانفقأت، وتفقأت: تشققت. «المصباح» ٢/ ٤٧٩.

(٢) مثبتة من (س).

قِيمتَه وبه الأُولى[1].

ولو قَتَله الثّاني أو فَقَأ عَينَيه[2]: ضَمِن كلَّ قِيمتِه وبه الجِنايةُ الأُولى؛ لأن الْمُتلِفَ حُكمًا يُتصوَّرُ إتلافُه بوجهٍ آخرَ.

ولو جَرَحه الأوَّلُ غيرَ مُتلِفٍ، والثّاني قَطَع يدَه، ومات: ضَمِن الأوَّلُ ما نَقَص، ونِصفَ قِيمتِه وبه جُرحان، والثّاني قِيمتَه وبه جُرحُ الأوَّلُ.

ولو جَرَحه الأوَّلُ غيرَ مُستهلِكٍ، والثّاني قَطَع يدَه أو رِجلَه ومات منهما: ضَمِن الأوَّلُ ما نقصَتْه جِنايتُه صَحيحًا نِصفَ قِيمتِه وبه الجِنايتان، وضَمِن الثّاني قِيمتَه وبه الجُرحُ الأوَّلُ، مات أوْ لا.

وكذا لو كانا مُحرِمَين، إلا في تَنصيف القِيمةِ.

وكذا لو كانا مُحرِمَين، إلا في تَنصيف القِيمةِ، أي[3] أن محمدًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ أعادَ الْمَسائِلَ في الْمُحرِمَين فقال: مُحرِمٌ جَرَح صيدًا غيرَ مُستهلِكٍ، ثم جَرَحه مُحرِمٌ آخرُ مِثلَه، فمات: ضَمِن الأوَّلُ كلَّ قِيمتِه وبه الجُرحُ الثّاني، والثّاني كلَّ قِيمتِه وبه الجُرحُ الأوَّلُ.

وهذا عَينُ[4] ما مرّ، إلا أنه يَجِبُ هنا كَمالُ القِيمةِ؛ لأنه جَزاءُ الفعلِ.

والْمُحرِمُ في الحَرَم كهو في غَيره.

والْمُحرِمُ في الحَرَم كهو في غَيره، أي لا يَتضاعَفُ الجَزاءُ بسَبَب الحرَمِ؛ لأن

---

(١) أي حال كون الجناية الأولى موجودة فيه.

(٢) في (ب) و(هـ): عينه.

(٣) في (ز): إلا.

(٤) في (هـ): وهنا غير.

الواجِبَ جَزاءُ الفعلِ، ومَعنى البدَلِ تابعٌ[1]، وقد مرّ.

مُعتمِرٌ جَرَح صيدًا غيرَ مُتلِفٍ، وأحرَم بحجٍّ، فجَرَحه مِثلَه، ومات: ضَمِن قِيمتَه صَحيحًا للعُمرة، وقِيمتَه وبه الأوّلُ له[2].

مُحرِمٌ بعُمرةٍ جَرَح صيدًا غيرَ مُتلِفٍ، ثم أحرَم بحجٍّ وجَرَحه مِثلَ ذلك، فمات منهما: ضَمِن قِيمتَه صَحيحًا للعُمرة، وقِيمتَه وبه الجُرحُ الأوّلُ للحجّ[3]؛ لأنه يَتعدَّدُ الجَزاءُ بتَعدُّد الإحرامِ، كما يَتعدَّدُ بتَعدُّد الجانِي؛ لتَعدُّد السَّبَبِ، وهو الجِنايةُ على الإحرام في الْمَوضِعَين.

ولو حَلَّ بينَهما: ضَمِن لها قِيمتَه وبه الثّاني.

ولو حلَّ من عُمرته، ثم أحرَم بحجٍّ، ثم جَرَحه: ضَمِن للعُمرة قِيمتَه وبه الجُرحُ الثّاني، وللحجِّ قِيمتَه وبه الجُرحُ الأوّلُ، بخِلاف الأوّلِ؛ لأن الثّانيةَ جِنايةٌ على العُمرة، فتَعذَّر استِثناءُ الجُرحِ الثّاني عن القِيمة الواجِبةِ بالأوّل؛ إذ الجِنايةُ الثّانيةُ وُجِدت حالَ قِيامِ العُمرةِ.

ولو لم يُضِف إليه إحرامَ الحجِّ لكان مَضمونًا عليه، فلا يَسقُطُ عنه شيءٌ بضمِّ الحجِّ إليه.

ولو قَرَن: ضَمِن للثّاني قِيمتَين وبه الأوّلُ.

ولو حلَّ ثم قَرَن وجَرَح: ضَمِن قِيمتَه للعُمرة وبه الجُرحُ الثّاني، وقِيمتَين للقِران وبه الجُرحُ الأوّلُ.

---

(١) في (ج): مانع.

(٢) أي للحج.

(٣) في (هـ): للعمرة.

ولو كان الأوَّل مُتلِفًا فقط: ضَمِن قِيمتَه صَحيحًا لها، وقِيمتَين للقِران وبه الأوَّل، وكذا لو كان الثّاني مُتلِفًا.

ولو كان الأوَّل مُستهلِكًا، بأن كان قطَعَ يده، والثّاني لا: ضَمِن[1] قِيمتَه صَحيحًا للعُمرة؛ لأنه صار مُستهلِكًا للحال حُكمًا.

وقِيمتَين للقِران وبه الجُرحُ الأوَّلُ؛ لأنه صار مُستهلِكًا حُكمًا بأثَر الفعلِ، وهو مَنقوصٌ.

ولو كان الثّاني قطَعَ يدًا أيضًا والْمَسألةُ بحالها: فهذا والجَرحُ سَواءٌ؛ لأنه صار مُستهلِكًا بالأوَّل مرّةً، فلا يُتصوَّرُ استِهلاكُه ثانيًا.

مُحرِمٌ وحَلالٌ قتَلا بضَربةٍ: ضَمِن الْمُحرِمُ قِيمتَه، والحَلالُ نِصفَها.

مُحرِمٌ وحَلالٌ قتَلا صيدَ الحرَمِ بضَربةٍ: ضَمِن الْمُحرِمُ قِيمتَه، والحَلالُ نِصفَها؛ لأنه بدَلُ المحَلِّ في حقِّ الحَلالِ، وجَزاءُ الفعلِ في حقِّ الْمُحرِمِ.

وبضَربتَين معًا: ضَمِن كلٌّ ما نَقَصه، ثم الْمُحرِمُ قِيمتَه مَضروبًا بضَربتَين، والحَلالُ نِصفَها كذلك.

ولو قتَلاه بضَربتَين معًا: ضَمِن كلُّ واحِدٍ ما نَقَصه ضربُه صَحيحًا.

لأنه حينَ ضَرَب كان المحَلُّ صَحيحًا، ثم ضَمِن الْمُحرِمُ قِيمتَه مَضروبًا بضَربتَين، والحَلالُ نِصفَ قِيمتِه مَضروبًا بضَربتَين.

ولو بَدَأ الحَلالُ[ل] ضَمِن كلٌّ ما نَقَصه يومَ جَرحِه، وإن مات فكما مرّ.

ولو بَدأ الحَلالُ ثم الْمُحرِمُ: ضَمِن الحَلالُ ما نقصَتْه جِراحتُه صَحيحًا، والْمُحرِمُ

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ) و(و): لا يضمن.

ما نَقَصه جَرحُه وبه الأوَّلُ.

فإن مات: ضَمِن الحَلالُ نِصفَ قِيمتِه وبه الجِنايتان، والْمُحرِمُ كلَّ قِيمتِه وبه الجِنايتان.

ولو كان الأوَّلُ استِهلاكًا: ضَمِن الأوَّلُ قِيمتَه صَحيحًا؛ للإتلاف حُكمًا.

قَتَل مُفرِدٌ، وحَلالٌ، وقارِنٌ.. بضَربةٍ: ضَمِن الْمُفرِدُ قِيمتَه، والحَلالُ ثُلثَها، والقارِنُ قِيمتَين.

وإن بَدَأ الحَلالُ، ثم الْمُفرِدُ، ثم القارِنُ: فكما مرّ.

قارِنٌ ومُفرِدٌ وحَلالٌ.. قتَلوا صيدًا في الحَرَم بضَربةٍ: ضَمِن الْمُفرِدُ قِيمتَه، والحَلالُ ثُلُثَ قِيمتِه، والقارِنُ قِيمتَين.

فإن بَدأ الحَلالُ، ثم الْمُفرِدُ، ثم القارِنُ فمات: ضَمِن الحَلالُ نُقصانَ جِنايتِه صَحيحًا، وثُلُثَ قِيمتِه وبه ثَلاثُ جِراحاتٍ؛ لأنه إنما يَضمَنُ ثُلُثَ قِيمتِه عندَ الموتِ، وعندَه هو مَجروحٌ بثَلاث جِراحاتٍ.

وضَمِن الْمُفرِدُ ما نَقَصه جَرحُه مَجروحًا بالجُرح الأوَّلِ، وقِيمتَه وبه ثَلاثُ جِراحاتٍ.

وضَمِن القارِنُ ما نَقَصه جَرحُه وهو مَجروحٌ بجُرحَين، وقِيمتَين وبه الجِراحاتُ الثَّلاثُ.

ولو كانَت الأُولى قطْعَ يدٍ، والثّانيةُ فقْءَ العَينَين: ضَمِن الحَلالُ قِيمتَه صَحيحًا؛ للاستِهلاك معنًى.

والْمُفرِدُ قِيمتَه وبه الجُرحُ الأوَّلُ؛ للاستِهلاك حُكمًا بوجهٍ آخرَ؛ إذ توحُّشُ الصَّيدِ بقَوائمه وعَينَيه، فالأمنُ بالقَوائِم إن فات فبالعَينَين قائِمٌ.

والقارِنُ قِيمتَين وبه الجِنايتان الأُوليان؛ لأنه أتلَف حُكمًا بأثَر الفعلِ، وهو مَنقوصٌ بهما.

مُعتمِرٌ جَرَح صيدًا، وجَرَحه[1] حَلالٌ، ثم أَضاف إليها حجًّا، وجَرَحه، ومات: ضَمِن لعُمرته قِيمتَه وبه جُرحُ الحَلالِ، وله[2] قِيمتَه[3] وبه جُرحان، والحَلالُ ما نَقَصه يومَ جَرَح، ونِصفَ قِيمتِه يوم مات.

مُفرِدٌ بعُمرةٍ جَرَح صيدًا، وجَرَحه حَلالٌ أيضًا، ثم أضافَ الْمُفرِدُ إلى العُمرة حَجّةً، وجَرَحه أيضًا، فمات الصَّيدُ من ذلك كلِّه: ضَمِن للعُمرة قِيمتَه وبه جُرحُ الحَلالِ، وقِيمتَه للحَجّة وبه الجُرحان.

وضَمِن الحَلالُ ما نَقَصه جَرحُه وبه الجُرحُ الأوَّلُ، ونِصفَ قِيمتِه وبه الجِراحاتُ الثَّلاثُ.

وإنما اعتُبِر النِّصفُ: لاعتِبار عدَدِ الجُناةِ[4]، وهي عَينُ ما مرّ، إلا أن الزِّيادةَ هنا جِنايةُ الحَلالِ.

ولو حَلَّ وقَرَن، وهي بحالها: ضَمِن لها[5] قِيمتَه وبه أُخريان، وللقِران قِيمتَين وبه أُولَيان.

ولو حلَّ من عُمرته بعدَ جَرحِه، ثم جَرَحه الحَلالُ ثم قَرَن ثم جَرَحه ومات: ضَمِن للعُمرة قِيمتَه وبه الجِنايتان الأُخريان، وللقِران قِيمتَين وبه الجِنايتان الأُوليان.

وحُكمُ الحَلالِ لا يَختلِفُ.

---

(١) في (م): جرحه.

(٢) أي للحج.

(٣) في (س): قيمتان.

(٤) في (ج): الجنايات، وفي (د): الجناية.

(٥) أي للعمرة.

وكذا لو كُنَّ[1] مُتلِفاتٍ، غيرَ أن القِيمةَ الأُولى لا تُنقِصُ.

ولو كانَت الجِناياتُ[2] مُستهلِكاتٍ، كقَطع يدٍ ورِجلٍ، وفقءِ عَينَين: فعليه للعُمرة قِيمتُه صَحيحًا، وللقِران قِيمتان وبه الجِنايتان الأُوليان، وعلى الحَلال ما نَقَصه جَرحُه مَجروحًا بالأوَّل، ونِصفَ قِيمتِه وبه الجِراحاتُ الثَّلاثُ.

مُحرِمٌ قَتَل صُيودًا للتَّحلُّل: يَتَّحِدُ(ف) الجَزاءُ.

مُحرِمٌ قَتَل صُيودًا على قَصد الإحلالِ: لَزِمه جَزاءٌ واحِدٌ، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أنه ارتكَب مَحظورَ إحرامِه بكلِّ صيدٍ، فلَزِمه جَزاؤُه، وقصدُه خِلافُ الْمَشروعِ؛ لأن الإحرامَ لا[3] يَحتمِلُ الرَّفضَ، فلَغا.

ولنا: أن التَّأويلَ الفاسِدَ مُعتبَرٌ في دَفع[4] الضَّمانِ، كالباغِي إذا أتلَف مالَ العادِلِ، فإنه لا يَضمَنُ؛ لأنه أتلَف عن تأويلٍ.

(١) أي الجنايات.

(٢) في (أ): الجنايتان.

(٣) سقطت من (ب).

(٤) في (ز): رفع.

بَابُ مُجَاوَزَةِ الوَقْتِ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ

جاوَز وقتَه غيرَ مُحرِمٍ، وعاد مُحرِمًا مُلبِّيًا(س م): بَطَل(ز) الدَّمُ، كما لو أفسَد(ز)، وقَضى.

كوفيٌّ جاوَز الْمِيقاتَ، ثم أحرَم بالحجّ، ووَقَف بعَرَفةَ: جاز حجُّه، وعليه دمٌ لتَرك الوقتِ؛ لأنه لما انتَهى إلى الْمِيقات وَجَب عليه الإحرامُ بالحجِّ من الْمِيقات؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يُجاوِزِ الْمِيقاتَ أحدٌ إلا مُحرِمًا»، رَواه ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا(١).

فإذا جاوَزه حَلالًا فقد ارتكَب الْمَنهيَّ، وأخَّر الإحرامَ عن مِيقاته، فتَمكَّن النُّقصانُ في حجِّه، ونَقائِصُ الحجِّ تُجبَرُ بالدَّم.

فإن رَجَع إلى الْمِيقات ولَبّى.. إن رَجَع قبلَ أن يُحرِمَ، فأحرَم بالحجِّ من الْمِيقات: لا شيءَ عليه اتِّفاقًا؛ لأنه تَلافى الْمَتروكَ في وَقته، فصار كأن لم يُجاوِز الْمِيقاتَ إلا مُحرِمًا؛ وهذا لأن الواجِبَ عليه أداءُ الحجِّ بإحرامٍ يُباشِرُه من الْمِيقات، وقد أتَى به.

وإن أحرَم بعدَما جاوَز الْمِيقاتَ، ثم عاد إلى الْمِيقات.. إن لَبّى عندَ الْمِيقاتِ: سَقَط عنه دمُ الوقتِ، وإن لم يُلَبِّ: لا يَسقُطُ عنه الدَّمُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَسقُطُ الدَّمُ إن رَجَع مُحرِمًا، لَبّى أوْ لا.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَسقُطُ عنه الدَّمُ، لَبّى أوْ لا؛ لأن الْمُستحَقَّ عليه إنشاءُ الإحرامِ بالحجِّ من الْمِيقات، فإذا أحرَم بعدَما جاوَز الْمِيقاتِ فقد تَرَك ما هو الْمُستحَقُّ عليه، فلَزِمه الدَّمُ، كما لو لم يَعُد.

---

(١) تقدم تخريجه أول فصل المواقيت.

وهذا لأن الواجِبَ عليه إنشاءُ تَلبيةٍ واجِبةٍ عندَ الْمِيقاتِ، ووُجوبُ التَّلبيةِ عندَ الإحرامِ لا بعدَه، فهو وإن لَبّى عندَ الْمِيقاتِ.. فإنما أتَى بتَلبيةٍ غيرِ واجِبةٍ، فلا يَصيرُ به مُتلافِيًا ما فاتَه.

ولهما: أن حقَّ الْمِيقاتِ أن يَكونَ مُحرِمًا عندَه.

ألا تَرى أنه لو أحرَم من دُوَيرة أهلِه، ومرَّ بالْمِيقات مُحرِمًا ساكِتًا[1]: لا شيءَ عليه، فإذا عاد إلى الْمِيقات بعدَما أحرَم فقد تَدارَكَ ما هو الواجِبُ عليه، وهو كونُه مُحرِمًا عندَ الْمِيقاتِ، فيَسقُطُ الدَّمُ عنه.

وله: أن أصلَ الْمِيقاتِ في حقِّ الأُفُقيِّ[2] أن يُحرِمَ من دُوَيرة أهلِه؛ تَعظيمًا لبَيت اللهِ تَعالى، وهو أفضلُ، إلا أنه رُخِّص في التَّأخير إلى الْمِيقات، فصار الْمِيقاتُ آخِرَ الغاياتِ.

فإذا انتَهى إليه حَلالًا وَجَب عليه التَّلبيةُ والإحرامُ عندَه، فإذا تَرَكَ ذلك بالْمُجاوَزة حتى أحرَم وَراءَ الْمِيقاتِ، ثم عاد.. فإن لَبّى: فقد أتَى بجَميع ما هو مُستحَقٌّ عليه، فيَسقُطُ الدَّمُ عنه، وإن لم يُلَبِّ: فلم يأتِ بجَميع ما استُحِقَّ عليه، فلا يَسقُطُ.

بخِلاف ما لو أحرَم قبلَ أن يَنتهيَ إلى الْمِيقات؛ لأن مَوضِعَ إحرامِه مِيقاتُه، وقد لَبّى عندَه، فخَرَج الْمِيقاتُ الْمَعروفُ عن كَونه مِيقاتًا للإحرام في حقِّه، فلهذا لا يَضُرُّه تركُ التَّلبيةِ عندَه.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا أحرَم بعُمرةٍ بعدَ الْمُجاوَزةِ مَكانَ الحجِّ.

وهذا الخِلافُ فيما إذا رَجَع قبلَ أن يَشتغِلَ بأعمالِ ما عُقِد الإحرامُ له، فإن اشتَغَل

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) في (هـ) و(ز): الآفاقي.

بأعمالِ ما عُقِد الإحرامُ له، ثم عاد إلى الْمِيقات: لم يَسقُط الدَّمُ، لَبّى أو لم يُلَبِّ؛ لفَوات وقتِ التَّدارُكِ.

وعلى هذا: إذا أفسَد ذلك الحجَّ أو العُمرةَ، ثم قَضاه بإحرامٍ عندَ الْمِيقاتِ: لا يَسقُطُ عنه الدَّمُ عندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَنا: يَسقُطُ.

هو يَعتبِرُ هذه الْمُجاوَزةَ بغَيرها من الْمَحظورات، كقَتل الصَّيدِ ونحوِه، فإنه لا يَسقُطُ بالقَضاء تلك الدَّمُ، كذا هنا.

ولنا: أنه لما قَضى من الْمِيقات انجبَر ذلك النُّقصانُ، فسَقَط عنه الدَّمُ، كما لو سَها في صَلاته، ثم أفسَدها، ثم قَضاها: سَقَط عنه سُجودُ السَّهوِ.

بخِلاف سائرِ الدِّماءِ؛ لأن وُجوبَها بما ارتُكِب من الْمَحظور، ولم يَزُل ذلك بفَوات الحجِّ.

وهذا الذي ذَكَرنا إذا كان يُريدُ الحجَّ أو العُمرةَ..

فلو دَخَل الكُوفيُّ البُستانَ[1] لحاجةٍ: دَخَل مَكّةَ بلا إحرامٍ، ووقتُه كالبُستانيِّ.

فإن أرادَ الكُوفيُّ بُستانَ بَني عامرٍ لحاجةٍ: له أن يُجاوِزَ الْمِيقاتَ غيرَ مُحرِمٍ.

لأن وُجوبَ الإحرامِ عندَ الْمِيقاتِ على من يُريدُ دُخولَ مَكّةَ، وهو لا يُريدُ دُخولَها، وإنما يُريدُ البُستانَ، وهو غيرُ[2] مُستحَقِّ التَّعظيمِ، فلا يَلزَمُه الإحرامُ بقَصد دُخولِه.

فإذا دَخَل البُستانَ[3]، ثم بَدا له أن يَدخُلَ مَكّةَ لحاجةٍ له: فله أن يَدخُلَها بلا إحرامٍ؛ لأنه لما دَخَل البُستانَ حَلالًا صار كالبُستانيِّ، وللبُستانيِّ أن يَدخُلَ مَكّةَ لحاجته بلا

(١) البستان: يعني بستان بني عامر، وهو موضع قريب من مكة. «المغرب» ص٤٣.

(٢) سقطت من (د).

(٣) في (ز): الميقات.

إحرامٍ، فكذا لهذا الدّاخلِ فيه.

وهذا هو الحِيلةُ لمن أرادَ الوُصولَ[1] إلى مَكّةَ من أَهل الآفاقِ بلا إحرامٍ.

ووقتُ الدّاخلِ في البُستان والبُستانيِّ: جَميعُ الحِلِّ الذي بينَهم وبينَ الحرَمِ، فإن أحرَما من الحِلِّ ووَقَفا بعرَفةَ: لا شيءَ عليهما؛ لأنهما أحرَما من مِيقاتهما.

أما البُستانيُّ: فظاهِرٌ، وكذا الدّاخلُ فيه؛ لأن من وَصَل إلى مَوضِعٍ فحالُه في الإِحرام كحال أهلِ ذلك الْمَوضِعِ.

وإن دَخَل مَكّةَ بلا إحرامٍ يَجِبُ[ف] حجٌّ أو عُمرةٌ، فلو حجَّ عما عليه.. إن لم تَتحوَّل السَّنةُ: صحَّ[ز و] من دُخوله مَكّةَ بلا إحرامٍ، وإلا لا.

كُوفيٌّ دَخَل مَكّةَ بلا إحرامٍ لحاجةٍ يَجِبُ عليه عُمرةٌ أو حَجّةٌ، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

لأن دُخولَ مَكّةَ سببٌ لوُجوب الإحرامِ، فمُباشَرتُه لذلك السَّبَبِ كالتِزام الإحرامِ بالنَّذر، ولو نَذَر الإحرامَ لَزِمه حجٌّ أو عُمرةٌ، فكذا إذا لَزِمه الإحرامُ بدُخول مَكّةَ.

فإن رَجَع إلى الْمِيقات فأهَلَّ بحَجّة الإسلامِ: جاز عن حَجّة الإسلامِ، وعما لَزِمه بدُخول مَكّةَ.

وفي القِياس: لا يَجوزُ، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه بدُخول مَكّةَ بلا إحرامٍ وَجَب عليه حجٌّ أو عُمرةٌ[2]، وصار ذلك دَينًا في ذِمّته، فلا يَنوبُ حجُّ الإسلامِ عما صار دَينًا في ذِمّته، كما لو وَجَب بالنَّذر.

وكما لو تَحوَّلت السَّنةُ، ثم أحرَم بحَجّةٍ عليه في السَّنة الثّانيةِ من الْمِيقات: لا يَنوبُ

---

(١) في (ز): الدخول.

(٢) في (هـ): حجة وعمرة.

عما لَزِمه بدُخول مَكّةَ، فكذا في السَّنة الأُولى.

وجهُ الاستِحسانِ: أنَّ الواجِبَ عليه أن يَكونَ مُحرِمًا عندَ دُخولِ مَكّةَ؛ تَعظيمًا لهذه البُقعةِ، لا أن يَكونَ إحرامُه لدُخول مَكّةَ.

ألا تَرى أنه في الابتِداء لو أتاه[1] مُحرِمًا بما عليه من حجِّ الإسلامِ لم يَلزَمه غيرُه، فكذا هذا.

وهذا كمن نَذَر أن يَعتكِفَ شهرَ رَمَضانَ: جاز صومُ رَمَضانَ عن صَوم الاعتِكافِ؛ لأن الواجِبَ عليه أن يَكونَ صائِمًا في مُدّة الاعتِكافِ، لا أن يَكونَ صومُه لأَجل الاعتِكافِ.

بخِلاف ما إذا تَحوَّلت السَّنَةُ؛ لأنه لَمّا لم يَقضِ حقَّ البُقعةِ حتى تَحوَّلت السَّنَةُ: صار بالتَّفويت دَينًا عليه مَقصودًا، فلم يَتأدَّ إلا بإحرامٍ له مَقصودٍ.

كما لو نَذَر أن يَعتكِفَ شهرَ رَمَضانَ، فصامَه ولم يَعتكِف، ثم أرادَ أن يَعتكِفَ في العام القابِلِ في شَهر رَمَضانَ عما لَزِمه: لم يَجُز؛ لأنه بالتَّفويت صار مَضمونًا عليه، فلَزِمه صومٌ مَقصودٌ للاعتِكاف، فلم يَجُز صومُ رَمَضانَ، كما لو أطلَق النَّذرَ بالاعتِكاف.

مَكِّيٌّ خَرَج من الحَرَم إلى الحِلِّ يُريدُ الحجَّ، فأحرَم، ولم يَعُد إلى الحَرَم، ووَقَف بعَرَفةَ: فعليه شاةٌ؛ لأن مِيقاتَ الْمَكِّيِّ للحجِّ الحَرَمُ، وقد جاوَزه بلا إحرامٍ ولم يَعُد إليه، فيَجِبُ الدَّمُ.

فإن عاد إلى الحَرَم ولَبّى: سَقَط الدَّمُ عندَه[2]، وإن لم يُلَبِّ لا.

وعندَهما: يَسقُطُ بعَوده مُحرِمًا، كما مرَّ في الكُوفيِّ.

---

(١) في (د) و(هـ): أتاها.

(٢) في (هـ): عنه.

مُتمتِّعٌ فَرَغ من عُمرته، ثم خَرَج من الحَرَم فأحرَم، ووَقَف بعَرَفةَ: فعليه دمٌ؛ لأنه بدُخول مَكّةَ صار كالْمَكِّيِّ، وإحرامُه للحجِّ من الحَرَم، فلَزِمه الدَّمُ بتَأخيره منه[1].

فإن رَجَع إلى الحَرَم وأَهَلَّ فيه قبلَ أن يَقِفَ بعَرَفةَ: فلا شيءَ عليه، وهو على الخِلاف الذي مرّ في الأُفُقيّ[2]، واللهُ أعلمُ.

(١) في (ب): عنه.

(٢) في (هـ) و(ز): الآفاقي.

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

مَكِّيٌّ طاف شَوطًا لعُمرةٍ، فأحرَم بحجٍّ: رَفَضه(س م)، وعليه حجٌّ وعُمرةٌ ودمٌ.

مَكِّيٌّ أحرَم بعُمرةٍ، فطاف لها شوطًا، ثم أحرَم بالحجّ: عليه رفضُ الحجِّ، ودمٌ لرَفضه، وحَجّةٌ وعُمرةٌ مَكانَ الحجِّ.

وقالا: يَرفُضُ العُمرةَ ويَقضِيها، ويَمضي في الحجّ، وعليه دمٌ لرَفضها؛ لأنه لا بُدَّ من رَفض إِحداهما تورُّعًا[1] عن الْمَعصِية؛ إذ الجمعُ بينَهما مَمنوعٌ في حقِّ الْمَكِّيِّ.

والعُمرةُ بالرَّفض أَولى؛ لأنها هي الدّاخِلةُ في وَقت الحجِّ، وبسَبَبها وَقَع العِصيانِ.

وهي أدنَى حالًا؛ لأنها سُنّةٌ، والحجُّ فَريضةٌ، وأقلُّ أعمالًا؛ لأنها الطَّوافُ والسَّعيُ فحَسْبُ، بخِلاف الحجِّ، وأيسَرُ قَضاءً؛ لأنه يُمكِنُه أن يَقضِيَها متى شاء، ولا كذلك الحجُّ.

ولأنه لو رَفَض العُمرةَ يَقضِيها فقط، ولو رَفَض الحجَّ يَقضِيهما.

واعتبَرا هذه الْمَسألةَ بما لو أحرَم بالعُمرة ثم بالحجّ، ولم يأتِ بشيءٍ من أَفعال العُمرةِ، فإنه يَرفُضُ العُمرةَ إجماعًا، فكذا هنا.

أما لو طاف للعُمرة أربَعةَ أشواطٍ، ثم أحرَم بالحجّ: فإنه يَرفُضُ الحجَّ إجماعًا؛ لأنَ للأكثَر حُكمَ الكلِّ، فكأنه أحرَم بالحجِّ بعدَ الفَراغِ من العُمرة.

(١) في (أ) و(ب): تروعًا، وفي (ج): نزوعًا، وفي (ز): ترفعًا، والمثبت من (هـ) و(و).

ولا كذلك إذا طاف للعُمرة أقلَّ من ذلك عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فإن للأكثَر حُكمَ الكلِّ في جانِب الإتيانِ لا في جانِب التَّركِ.

وقد غيَّروا لفظَ «الهِدايةِ» هنا[1] لَمَّا لم يَهتَدوا إلى ما ذَكَرنا.

وله: أنَّ إحرامَ العُمرةِ تأكَّد بما أتَى به من طَواف العُمرةِ، وإحرامُ الحجِّ لم يَتأكَّد بشيءٍ من أعماله، والْمُتأكِّدُ بأداء العمَلِ أقوى من غير الْمُتأكِّدِ، فلهذا يَرفُضُ الحجَّ.

وإنما يَرفُضُ الأيسرَ منهما إذا استَويا قُوّةً وتَأكُّدًا، فأما إذا تَأكَّد أحدُهما: كان رفضُ غيرِ الْمُتأكِّدِ أولى.

والدَّليلُ على تَأكُّد الإحرامِ بشوطٍ واحِدٍ: أن الأُفُقيَّ[2] إذا جاوَز الْمِيقاتَ حَلالًا ثم أحرَم، وطاف شوطًا، ثم عاد إلى الْمِيقات مُلبِّيًا: لا يَسقُطُ عنه دمُ الوقتِ.

بخِلاف ما لو عاد قبلَ أن يَطوفَ شيئًا.

ولأن في رَفض العُمرةِ إبطالَ العمَلِ، وفي رَفض الحجِّ امتِناعًا عنه، والثّاني أيسرُ.

بَيانُه: أن الإحرامَ شرطٌ، وليس من أداء العِبادةِ في شيءٍ، ورفضُ العِبادةِ بنَقض[3] الشَّرطِ امتِناعٌ عن الأداء، ومتى أدّى شيئًا منها كان نقضًا للمُؤدّى، ونقضُ الْمُؤدّى عن قصدٍ غيرُ مَشروعٍ.

وعليه دمٌ بالرَّفض أيِّهما رَفَضه؛ لتَحلُّله قبلَ أوانِه، فصار كالْمُحصَر؛ لتَعذُّر الْمُضِيِّ.

غيرَ أنه إن رَفَض العُمرةَ قَضاها فقط، وإن رَفَض الحجَّ قَضاه وعُمرةً؛ لأنه كفائِت الحجِّ من حيث إنه عَجَز عن الْمُضِيِّ في الحجِّ بعدَ شُروعِه فيه، وعلى فائِت الحجِّ

---

(١) في (هـ): لما هنا.

(٢) في (هـ) و(ز): الآفاقي.

(٣) في (ب) و(ج) و(هـ): لنقض.

عُمرةٌ وحَجّةٌ.

فلو مَضى عليهما: صحّ، وأَراق.

وإن مَضى عليهما جاز؛ لأنه أدّاهما كما التزَمهما، غيرَ أنه مَنهيٌّ عنه[1].

والنَّهيُ لا يَمنَعُ تَحقُّقَ الْمَنهيِّ عنه؛ لما عُرِف من أَصلنا أن النَّهيَ في الشَّرعيّات لا يَمنَعُ الْمَشروعيّةَ، كالنَّهي عن صَوم يومِ النَّحرِ[2].

فإن قُلتَ: أليس أنه ذَكَر في «الهِداية» في مَبدأ هذه الْمَسألةِ: (لأن الجمعَ بينَهما في حقِّ الْمَكّيِّ غيرُ مَشروعٍ)؟

قُلتُ: أرادَ به أنه غيرُ مَشروعٍ كَمَلًا[3]، كما في حقِّ الأُفُقيِّ[4]، وإلا لوَقَع التَّناقُضُ بينَ قولِه أوّلًا وبينَ قولِه آخِرًا؛ لأن النَّهيَ لا يَمنَعُ تَحقُّقَ الفعلِ، وعليه دمٌ؛ لجَمعه بينَهما.

وهذا الدَّمُ ليس نَظيرَ الدَّمِ في حقِّ الأُفُقيِّ[5] إذا قَرَن؛ إذ ذاك دمُ شُكرٍ حلَّ التَّناوُلُ منه، وهذا دمُ جبرٍ للنُّقصان بارتِكاب ما هو مَنهيٌّ عنه، فلم يَحِلَّ التَّناوُلُ منه.

أحرَم بحجٍّ، ثم بآخَرَ يومَ النَّحرِ.. فإن حلَق في الأوَّل: لَزِمه الآخَرُ، ولا دمَ، وإلا

---

(١) قال في «المبسوط» ٤/ ١٨٠ أول باب الجمع بين الإحرامين: والعمرة لا تضاف إلى الحج، والحج يضاف إلى العمرة قبل أن يعمل منها شيئًا وبعد أن يعمل، هكذا نقل عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وهذا لأن الله تعالى جعل العمرة بداية، والحج نهاية بقوله تعالى ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فمن أضاف الحجة إلى العمرة كان فعله موافقًا لما في القرآن، ومن أضاف العمرة إلى الحج كان فعله مخالفًا لما في القرآن، فكان مسيئًا من هذا الوجه.

(٢) تقدم تخريجه مرارًا.

(٣) في (د): تحملاً.

(٤) في (د) و(هـ): الآفاقي.

(٥) في (هـ): الآفاقي.

لَزِمه والدَّمَ، قَصَّر أوْ لا(س م).

ومن أحرَم بالحجّ، ثم أحرَم يومَ النَّحرِ بحجٍّ آخرَ.. فإن كان أحرَم للثّاني بعدَ الحَلْق للأوّل: لَزِمه الآخرُ، ولا دمَ عليه، وإن كان لم يَحلِق للأوّل: لَزِمه الآخرُ، وعليه دمٌ، قَصَّر أو لم يُقصِّر، عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: إن قَصَّر فعليه دمٌ، وإن لم يُقصِّر فلا شيءَ عليه.

وأصلُ هذا: أن الجمعَ بينَ إحرامَي الحجِّ أو إحرامَي العُمرةِ بِدعةٌ..

فإذا حَلَق في الإحرام الأوّلِ فقد انتهى[1] الأوّلُ، فلم يَصِر جامِعًا بينَ الحَجّتَين، فلا يَجِبُ عليه دمُ الجمعِ.

وإذا لم يَحلِق في الأوّل صار جامِعًا بينَ إحرامَي الحجِّ، فبعدَ هذا إن حَلَق تَحلَّل عن الأوّل، وجَنى على الثّاني؛ لأنه في غَير أوانِه، فلَزِمه دمٌ إجماعًا.

وإن لم يَحلِق حتى حجَّ في العام الثّاني: فعليه دمٌ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ؛ لتأخير الحلقِ عن الإحرام الأوّلِ.

وهذا مَعنى قولِه: وعليه دمٌ، قَصَّر أو لم يُقصِّر، لكنه ذَكَر التَّقصيرَ مَكانَ الحلقِ.

وعندَهما: إن حَلَق أو قَصَّر: فقد جَنى على الثّاني، فعليه دمٌ، وإن لم يُقصِّر أو لم يَحلِق: فقد أخَّر الحلقَ أو التَّقصيرَ، فلا شيءَ عليه، كما هو مَذهَبُهما.

ولم يَذكُر في «الجامعِ الصَّغيرِ» في هذا الفصلِ دمَ الجمعِ، وذَكَر في كِتاب الْمَناسِكِ: أن عليه دمًا لإضافة الحجِّ إلى الحجّ؛ لأنه أحرَم بحجٍّ آخرَ قبلَ أن يَفرُغَ عن حجِّ هذه السَّنةِ، فيَجِبُ عليه دَمان عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: دمٌ لتَأخير الحلقِ، ودمٌ للجَمع بينهما.

---

(١) في (ج): انهى.

وفي قَولهما: لا يَجِبُ للتَّأخير شيءٌ.

ثم قِيل: لا اختِلافَ بينَ الرِّوايتَين؛ لأنه سَكَت في «الجامِع الصَّغير» عن إِيجاب الدَّمِ بسَبَب الجمعِ، وما نَفاه.

وقِيل: بل فيه رِوايتان.

وجهُ رِوايةِ «**الأصلِ**»: أنه إذا أحرَم بالثّاني قبلَ أن يَحلِقَ عن الأوَّل فقد جَمَع، وهو جِنايةٌ، فيَجِبُ الدَّمُ جبرًا.

وجهُ رِوايةِ «**الجامِع الصَّغيرِ**»: أن هذا الجمعَ حَصَل في التَّوابع لا في الأُصول، فلا يُضمَنُ، فلا يُجبَرُ[1] بالدَّم.

وإن أحرَم بهما لَزِماه(م ف).

وإن أحرَم بحَجّتَين أو بعُمرتَين: لَزِمتاه عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَلزَمُه إلا إِحداهما؛ لأن الْمَقصودَ من الإِحرام الأداءُ، ولا يُتصوَّرُ الأداءُ في وقتٍ واحِدٍ، فقد خَلا أحدُ العَقدَين عما هو مَقصودُه، فلم يَنعقِد إلا إحرامٌ واحِدٌ.

واعتبَرا بالصَّوم والصَّلاةِ، فإن من شَرَع في صَومَين في يومٍ واحِدٍ، أو في صَلاتَين بتكبيرةٍ واحِدةٍ: لا يَصيرُ شارِعًا إلا في إِحداهما.

ولا يَرتفِضُ أحَدُهما ما لم يَسِر(س)[2] فيه.

ولا يَرتفِضُ إِحداهما عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ حتى يَسيرَ[3] في إِحداهما.

---

(١) قوله: (فلا يجبر): سقط من (أ) و(د).

(٢) في (ف): ما لم يشرع.

(٣) في (د): يشرع.

لأنه لا تَنافيَ بينَ الإحرامَين، إنما التَّنافي في الأداءَين، ولا أداءَ بعدَ الإحرامِ، بخِلاف الصَّومِ والصَّلاةِ، فما لم يَشتغِل بإحداهما لا يَصيرُ رافِضًا للأُخرى.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصيرُ رافِضًا لإحداهما كما فَرَغ[1] من قَوله: لَبَّيك بحَجَّتَين؛ لأنه كما فَرَغ من الإحرام جاء أوانُ أداءِ الأعمالِ، والْمُنافاةُ بينَهما مُتحقِّقةٌ، فارتَفَض[2] إحداهما.

وفي ظاهِرِ الرِّوايةِ: كما سار إلى مَكّةَ لأَداء الأعمالِ صار رافِضًا لإحداهما عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وفي الرِّواية الأُخرى: لا يَصيرُ رافِضًا ما لم يَأخُذ في الطَّواف؛ لأن الْمُنافاةَ[3] في الأَعمال، إلا أنه جَعَل السَّيرَ[4] في الأَداء في حُكمه.

وفائِدتهُ: تَظهَرُ فيما إذا جَنى قبلَ السَّيرِ، فإنه يُؤاخَذُ بدَمَين عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، خِلافًا لهما.

فَرَغ من عُمرته إلا الحَلْقَ، فأحرَم بأُخرى: يَجِبُ دمٌ.

ومن فَرَغ من عُمرته إلا التَّقصيرَ، فأحرَم بعُمرةٍ أُخرى: فعليه لإحرامه بهذه العُمرةِ قبلَ الحلقِ دمٌ؛ لأنه جَمَع بينَ إحرامَي العُمرةِ، وهو مَكروهٌ وبِدعةٌ، وهو دمُ جبرٍ وكفّارةٍ، لا يَحِلُّ له التَّناوُلُ منه.

ثم أُوجِب الدَّمُ هنا بسَبَب إحرامَي العُمرةِ رِوايةً واحِدةً.

---

(١) في (د): كما لو فرغ.

(٢) في (ز): فارتفضت.

(٣) في حاشية (ب): الشروع. ظ.

(٤) في (ز): المسير.

وفي الجَمع بينَ إحرامَي الحجِّ رِوايتان، كما مرّ..

فعلى رِواية «الأصلِ»: لا يُحتاجُ إلى الفَرق؛ لوُجوب الدَّمِ في الصُّورتَين؛ إذ الجمعُ بينَ إحرامَي العُمرةِ كما هو مَكروهٌ.. فكذا الجمعُ بينَ إحرامَي الحجِّ.

وعلى رِواية «الجامِعِ الصَّغيرِ»: فرقٌ، ووجهُه: أن الجمعَ في الإحرام إنما كُرِه لأَجل الجمعِ في الأَفعال، وفي الحَجّتَين لا يَتحقَّقُ الجمعُ فِعلًا؛ لأن أفعالَ الحجِّ الثّاني لا تُؤدّى في هذه السَّنةِ، وإنما تُؤدّى في السَّنة الثّانيةِ، والجمعُ بينَ إحرامَي العُمرةِ سببٌ للجَمع فعلًا؛ لجَواز العُمرةِ في كلِّ السَّنةِ[1].

أحرَم بحجٍّ، ثم بعُمرةٍ، ووَقَف: رُفِضت، وإن تَوجَّه لا.

كُوفيٌّ أحرَم بالحجّ، ثم أحرَم بعُمرةٍ: لَزِماه؛ لأن الجمعَ بينَهما مَشروعٌ في حقِّ الأُفُقيِّ[2]، والمَسألةُ فيه، ويَصيرُ بذلك قارِنًا، لكنه أساءَ؛ لأنه أخطأَ السُّنّةَ؛ لأن السُّنّةَ للقارِن أن يُحرِمَ بهما معًا، أو يُحرِمَ بالعُمرة ثم بالحجّ.

فلو وَقَف بعَرَفاتٍ ولم يأتِ بأَفعال العُمرةِ: فهو رافِضٌ لعُمرته؛ لتَعذُّر أدائِها؛ لأنها لم تُشرَع مُرتَّبةً على الحجّ؛ لأن اللهَ تَعالى جعَل الحجَّ آخِرَ الغايتَين، قال اللهُ تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ﴾ [البَقَرة: ١٩٦].

فإن تَوجَّه إليها[3] لم تَرتفِض حتى يَقِفَ.

وقد مرَّ في باب القِرانِ.

وإن طاف له، فأحرَم بها، ومَضى عليهما: يَجِبُ دمٌ، ونُدِب رفضُها، ويَجِبُ

(١) في (د) و(هـ): سنة.

(٢) في (هـ): الآفاقي.

(٣) في (ز): إليهما.

قضاءٌ ودمٌ.

فإن طاف للحجّ ثم للتَّحِيّة ثم أحرَم بعُمرةٍ: لَزِماه.

ولو مَضى عليهما: جاز؛ لأن الجمعَ بينَهما مَشروعٌ، فصحَّ الإحرامُ بهما، وطَوافُ التَّحيّةِ سُنّةٌ لا رُكنٌ، فأمكَن أن يَأتيَ بأَفعال العُمرةِ، ثم بأَفعال الحجِّ.

وعليه دمٌ؛ لجَمعه بينَهما، وهو دمُ كفّارةٍ لا نُسُكٍ، حتى لا يَأكُلُ منه؛ لأنه بَنى أفعالَ العُمرةِ على أَفعال الحجِّ من وجهٍ؛ نظَرًا إلى طَواف التَّحِيّةِ.

ويُستحَبُّ أن يَرفُضَ عُمرتَه؛ لأنه فات التَّرتيبُ في الفِعل، وهو بِدعةٌ، وفيما سَبَق فات التَّرتيبُ في الإِحرام[1]، ولا تَرتيبَ فيه.

ولا يَلزَمُه الرَّفضُ: لأن الْمُؤدّى ليس برُكن الحجِّ.

وإذا رَفَض عُمرتَه قَضاها؛ لأنه أفسَدها بعدَ صِحّةِ الشُّروعِ فيها.

وعليه دمٌ لرَفضها.

وإن أَهَلَّ بعُمرةٍ يومَ النَّحرِ: لَزِمَتْه، ورَفَضها، ويَجِبُ قَضاءٌ ودمٌ، وصحَّ مُضِيُّها، ويَجِبُ دمٌ.

وأما الحاجُّ إذا أهلَّ بعُمرةٍ في يَوم النَّحرِ، أو أيّامِ التَّشريقِ: لَزِمته؛ لما قُلنا.

ويَلزَمُه رفضُها؛ لأنه أدّى رُكنَ الحجِّ، فصار بانِيًا أفعالَ العُمرةِ على أَفعال الحجِّ، فكان خطأً من كلِّ وجهٍ.

وقد كُرِهت العُمرةُ في هذه الأيّامِ: تَعظيمًا للحجّ؛ لأن في وَقت العُمرةِ سعةً، فلذلك لَزِمه رفضُها.

---

(١) في (ز): بالإحرام.

فإن رَفَضها: يَجِبُ دمٌ لرَفضها، وعُمرةٌ مَكانَها، بخِلاف صوم يوم النَّحرِ؛ فإنه إذا شَرَع فيه ثم أفسَده: لا يَجِبُ القَضاءُ؛ لأنه بنَفس الشُّروع مُباشِرٌ للمَنهيِّ عنه، فيَجِبُ عليه الإفسادُ، فلا يَجِبُ القَضاءُ، وهنا بنَفس الشُّروعِ ما باشَر الْمَنهيَّ عنه، فصار كالصَّلاة في الوَقت الْمَكروهِ.

وإن مَضى عليهما جاز؛ لأن الكَراهةَ لِمَعنًى في غَيرها، وهو أنه مَشغولٌ بأَداء بَقِيّةِ أعمالِ الحجِّ في هذه الأيّامِ، فوَجَب تَخليصُ الوقتِ له تَعظيمًا.

وعليه دمُ كَفّارةٍ؛ لأنه جَمَع بينَهما في الإحرام أو[1] في بَقِيّة الأعمالِ.

وإذا حَلَق للحجِّ ثم أحرَم: لا يَرفُضُها، كذا ذَكَر في «الأَصل».

وقال مَشايِخُنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يَرفُضُها؛ لأنه نُهِي عن العُمرة في هذه الأيّامِ[2]، فيَرفُضُها

---

(١) في (د) و(ز): و.

(٢) روى أبو يعلى (٧٢٧٨) وأبو نعيم في «المستخرج على مسلم» (٢٨٣٤) عن أبي موسى الأشعري قال: بعثني رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى أرض قومي، فجئت ورسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منيخ بالأبطح، قال: فسلمت عليه، فقال: «أحججت يا عبد الله بن قيس؟»، قال: قلت: نعم يا رسول الله، قال: «كيف قلت؟»، قال: قلت: لبيك إهلالًا كإهلالك، قال: فقال: «هل سقت هديًا؟»، قال: قلت: لا لم أسق هديًا، قال: «فطف بالبيت واسع بين الصفا، ثم حل»، قال: ففعلت حتى مشطتني امرأة من بني قيس، قال: فمكثنا بذلك حتى استخلف عمر، قال: فإني عند المقام أفتي الناس بالذي أمرني رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وبالذي صنعت، قال: فجاءني رجل فسارني في أذني، فقال: اتئد في فتياك، فإن أمير المؤمنين قد أحدث في النسك، قال: فقلت: أيها الناس! من كنا أفتيناه شيئًا في النسك فليتئد، فإن هذا أمير المؤمنين قادم عليكم فإلي من علم منه شيئًا، فلما قدم عمر أتيته، فقلت: يا أمير المؤمنين أحدثت في النسك؟ قال: إن أخذنا بكتاب الله عز وجل، فإنه يأمرنا بالتمام، وإن أخذنا بسنة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فإنه لم يحل حتى نحر البدن، قال: فنهى عن العمرة في أيام الحج.

ورواه مسلم دون الجملة الأخيرة (١٢٢١).

تَفادِيًا عن النَّهي.

وهذا لأنه وإن حَلَق فقد بَقِي عليه مَناسِكُ الحجِّ إلى آخِر أيّامِ التَّشريقِ.

ومَعنى ما قال في «الأَصل»: أنه لا يَرتفِضُ من غَير رفضٍ.

فاتَه حجٌّ، فأحرَم به أو بها: رَفَض.

فإن فاتَه الحجُّ، ثم أحرَم بعُمرةٍ: رَفَضها، وإن أحرَم بحجٍّ رَفَضه أيضًا.

لأن الجمعَ بينَ إحرامَي الحجِّ أو العُمرةِ غيرُ مَشروعٍ.

ولَمَّا فاتَه الحجُّ بَقِي في إِحرامه، ولهذا يَتحلَّلُ عن إِحرام الحجِّ بأَعمال العُمرةِ، ووَقَع في أَفعال العُمرةِ، فدَفَع إحرامُ الحجِّ حجًّا آخرَ، ودَفَع أفعالُ العُمرةِ عُمرةً أُخرى، فأُمِر برَفض كلِّ واحِدٍ منهما بعدَ صِحّةِ الالتِزامِ.

وإذا رَفَض لَزِمه الدَّمُ للتَّحلُّل عن ذلك، وعليه في العُمرة قَضاؤُها، وفي الحَجّة عُمرةٌ وحَجّةٌ.

بَابُ الإِحْصَارِ

بابُ الإحصارِ(١)

أُحصِر بعَدُوٍّ، أو مَرَضٍ(ف): بَعَثَ شاةً، أو شاتَين لو قارِنًا.
تُذبَحُ، فيَتحلَّلُ(س)، وإلا لا(ف).

إذا أُحصِر الْمُحرِمُ بعَدُوٍّ أو مَرَضٍ: جاز له التَّحلُّلُ.

---

(١) المحصر: الممنوع عن الوصول إلى مكة للحج أو العمرة بمعنًى.

والإحصار: المنع، والحَصْر: الحبس، من حد دخل.

وقال صاحب «الديوان»: أُحصر الحاجُّ: إذا منعه عن المضي لحجه عِلةٌ، وأحصره وحصره بمعنًى، أي حبسه، وأُحصر من الغائط: لغةٌ في حُصِر.

وقال في «مجمل اللغة»: الحُصر بضم الحاء: اعتقال البطن، يقال منه: حُصِر وأُحصِر، والإحصار: أن يُحبس الحاج عن بلوغ المناسك بمرض ونحوه، وناس يقولون: حَصَره المرض وأحصَرَه العدوُّ، قال: وقال أبو عمرو: حصرني الشيء وأحصرني: إذا حبسني، وقال ابن ميادة:

وما هَجْرُ ليلى أن تكون تباعدت ... عليك، ولا أن أَحْصَرتك شَغول

قال: وقال ابن السكيت: أحصره المرض: إذا منعه عن سفر أو حاجة يريدها، قال الله تعالى ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وقد حصره العدو يحصرونه: إذا ضيقوا عليه، وقد حَصِر صدرُهُ من حد علم: أي ضاق. «الطلبة» ص٣٥.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا إحصارَ إلا بالعَدُوّ؛ لأن[1] النَّصَّ وَرَد في حقِّ النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأصحابِه رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ، وقد أُحصِروا بالحُدَيبِيَة بالعَدُوّ[2].

ألا تَرى أنه قال: ﴿فَإِذَآ أَمِنتُمۡ﴾ [البَقَرَة: ١٩٦]، والأمانُ يَكونُ من العَدُوّ، وإنما يَكونُ من الْمَرَضِ الشِّفاءُ، ووُرودُ النَّصِّ في العَدُوِّ لا يَكونُ وُرودًا في الْمَرَض؛ لأنه ليس في مَعناه.

وهذا لأن التَّحلُّلَ بالهَدْي في حقِّ الْمُحصَرِ ليَتخلَّصَ من العَدُوّ؛ لأنه يَرجِعُ إلى أَهله، فيَندفِعُ شرُّ العَدُوِّ عنه، والْمَرَضُ حالٌ لا[3] يُفارِقُه بالإحلال، فلا يُفيدُ تَحلُّلًا بالدَّم، كالضَّلال، وضيقِ الوقتِ والْمَحالِّ[4]، وحبسِ الغَريمِ الْمُحتالِ.

وإذا أحاطَ العَدُوُّ بجَوانِبه حتى لا يَنجو بالتَّحلُّل: يَنبَغي أن لا يَتحلَّلَ، ولأنه قد يَحتالُ فيَنفلِتُ.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿فَإِنۡ أُحۡصِرۡتُمۡ فَمَا ٱسۡتَيۡسَرَ مِنَ ٱلۡهَدۡيِۖ﴾ [البَقَرَة: ١٩٦].

والاستِدلالُ به: أن الإحصارَ إن كان بمَعنى المنعِ في كلِّ شيءٍ -كما قال صاحِبُ «الكشّافِ»-: فظاهِرٌ، فإنه[5] أُبيح له التَّحلُّلُ بمُطلَق المنعِ، فلا يَجوزُ التَّقييدُ بالعَدُوّ، وفيه نسخُ[6] الإطلاقِ.

---

(١) في (ب) و(ز): ولأن.

(٢) روى البخاري (١٨٠٦)، ومسلم (١٢٣٠) عن نافع: أن عبد الله بن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا، حين خرج إلى مكة معتمرًا في الفتنة -أي فتنة الحجاج- قال: إن صددت عن البيت صنعت كما صنعنا مع رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأهل بعمرة، من أجل أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان أهل بعمرة عام الحديبية.

(٣) سقطت من (د).

(٤) في (ب) و(ج): والمجال.

(٥) في (د): أنه، وفي (ز): فإن.

(٦) في (ز): فيصح.

وإن كان بمَعنى المنعِ من الْمَرَض -كما قال أهلُ اللُّغةِ: إن الإحصارَ المنعُ بالْمَرَض، والحَصْرَ بالعَدُوّ، كذا[1] ذكَره القُتَبيُّ والزَّجّاجُ وابنُ السِّكِّيتِ-: فأظهَرُ.

والأمانُ يُستعمَلُ في الْمَرَض أيضًا، قال[2] صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الزُّكامُ أمانٌ من الجُذام»[3].

وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من سَبَق[4] العاطِسَ بالحَمد[5] أَمِنَ من الشَّوْص واللَّوْصِ والعِلَّوْصِ»[6].

---

(١) في سوى (ب) و(و) و(ز): وكذا.

(٢) في (ج): كما قال.

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وذكره في «التجريد» ٤/ ٢١٥٤ و«المبسوط» ٤/ ١٠٨ و«البدائع» ٢/ ١٧٥.

وروى الحاكم (٨٢٦٢) عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما من أحد إلا وفي رأسه عرق من الجذام تنعر، فإذا هاج سلط الله عليه الزكام، فلا تداووا له».

وروى البيهقي في «الشعب» (٨٧٧٧) عن أنس بن مالك: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تكرهوا أربعة فإنها لأربعة: لا تكرهوا الرمد فإنه يقطع عروق العمى، ولا تكرهوا الزكام فإنه يقطع عروق الجذام، ولا تكرهوا السعال فإنه يقطع عروق الفالج، ولا تكرهوا الدماميل فإنه يقطع عروق البرص».

(٤) في (ب): شمت.

(٥) في (هـ): بالحمد لله، وفي (ز): الحمد لله.

(٦) ذكره ابن الأثير في «النهاية» ٢/ ٥٠٩، ورواه الديلمي (٥٦٣٦) عن أنس: «من شمت العاطس وقي الشوص واللوص والعلوص».

الشوص: وجع الصدر، واللوص: وجع الخاصرة، والعلوص: وجع البطن.

وفي «الأجوبة المرضية» ٣/ ٩٤٢ للسخاوي: أورده الديلمي في «الفردوس» ولم يسنده ولده، عن أنس بن مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ رفعه بلفظ... قال شيخنا -العسقلاني- رَحِمَهُ اللهُ إنه ضعيف، وفي «الدعاء» للطبراني عن علي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من بادر العاطس بالحمد عوفي من وجع الخاصرة»،=

وإنما عَمِل أصحابُ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بدَلالة النَّصِّ ومَفهومِه.

وإن كان بمَعنى المنعِ من العَدُوِّ -كما زَعَم الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ-: فيُلحَقُ المرَضُ به دَلالةً؛ لأن التَّحلُّلَ بالعَدُوِّ إنما شُرِع لتَغيُّر شرطِ عقدِه عليه؛ لأنه التَزم بإحرامه حُرمةً مُؤَقَّتةً إلى غايةٍ، فمتى امتَدَّ وهو لم يَلتزِمه بعَقد إحرامِه.. أَفضى إلى الحَرَج، وقد تَحقَّق هذا الْمَعنى هنا، فقد تَزدادُ مُدّةُ الإحرامِ عليه بالمرَض.

والْمَشقّةُ في اللُّبث مُحرِمًا مع المرَضِ أكثرُ؛ لأنه ليس بيَده دفعُه بحالٍ، وتَحمُّلُ أعباءِ الإحرامِ معه أوفَرُ، فكان شرعُ التَّرخُّصِ به أَحرى وأجدَرَ.

وإذا جاز له التَّحلُّلُ يُقالُ له: (ابعَث شاةً) تُذبَحُ في الحَرَم، وواعِدْ من تَبعَثُه في يومٍ بعَينه يَذبَحُ فيه، ثم تَحلَّلْ.

وإنما يَبعَثُ إلى الحَرَم: لأن دمَ الإحصارِ يَختَصُّ بالحَرَم عندَنا، حتى لا يَجوزُ ذبحُه إلا في الحَرَم.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَختَصُّ به، لكنه يَذبَحُ الهَدْيَ في مَوضِعٍ أُحصِر فيه؛ لأنه شُرِع رُخصةً وتَرفيهًا[1]، والتَّوقيتُ بالحَرَم يُشعِرُ بالتَّغليظ، فيَعودُ على مَوضوعه بالنَّقض.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾ [البَقَرَة: ١٩٦]، والْمُرادُ به: الحرَمُ؛ بدَليل قولِه تَعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٣] بعدَما ذَكَر الهَدايا.

ولأن التَّحلُّلَ بإراقة دمٍ هي قُربةٌ، وإراقةُ الدَّمِ لم تُعرَف قُربةً إلا في مَكانٍ مَخصوصٍ، وهو الحرَمُ، أو زَمانٍ مَخصوصٍ، وهو أيّامُ النَّحرِ، ففي غَير ذلك الزَّمانِ والْمَكانِ لا

= وكذا أخرجه في «معجمه الأوسط» وزاد: «ولم يشتك ضرسه أبدًا».

(١) في (ج): ترفهًا.

تَتحقَّقُ قُربةً، فلا يَثبُتُ به التَّحلُّلُ.

وتَجوزُ الشّاةُ؛ لأن اللهَ تَعالى قال: ﴿فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وأدنى الهَدْيِ شاةٌ.

وتَجوزُ البقَرةُ والبَدَنةُ، وسُبُعُ كلِّ واحِدٍ منهما، كما في الضَّحايا.

ولم يُرِد[١] بعثُ عَينِ[٢] الشّاةِ؛ لأنه قد يَتعذَّرُ، بل يَجوزُ له أن يَبعَثَ قِيمتَها لتُشترَى هناك وتُذبَحَ عنه.

وقولُه: (ثم تَحلَّل): يُشيرُ إلى أنه لا حلقَ عليه ولا تَقصيرَ إذا ذُبِح عنه في الحَرَم، وهو قولُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ، وإن حَلَق فهو حسَنٌ عندَهما.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: عليه أن يَحلِقَ، ولو لم يَفعَل لا شيءَ عليه؛ لأن النَّبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أُحصِر بالحُدَيبِيَة مع أصحابِه رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ، فأمَرهم بالحَلق بعدَ بُلوغِ الهَدايا محِلَّها، وحَلَق عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ رأسَه وحَلَقوا[٣].

ولهما: أن الحلقَ إنما عُرِف نُسُكًا بعدَ أداءِ الأفعالِ، فأما قبلَ أداءِ الأفعالِ: فهو جِنايةٌ، وقد عَجَز عن أَداء الأفعالِ، فلا يَلزَمُه الحلقُ.

---

(١) في (ز): ولم يرو.

(٢) في (ز): غير.

(٣) روى البخاري (٢٧٣١) من حديث صلح الحديبية الطويل وفيه: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ لأصحابه: «قوموا فانحروا ثم احلقوا»، قال: فوالله ما قام منهم رجل حتى قال ذلك ثلاث مرات، فلما لم يقم منهم أحد دخل على أم سلمة، فذكر لها ما لقي من الناس، فقالت أم سلمة: يا نبي الله! أتحب ذلك؟، اخرج ثم لا تكلم أحدًا منهم كلمة، حتى تنحر بدنك، وتدعو حالقك فيحلقك، فخرج فلم يكلم أحدًا منهم حتى فعل ذلك نحر بدنه، ودعا حالقه فحلقه، فلما رأوا ذلك قاموا، فنحروا وجعل بعضهم يحلق بعضًا حتى كاد بعضهم يقتل بعضًا غمًّا.

فأما حلقُ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالحُدَيبِيَة: فقالُوا: إن بعضَها[1] من الحَرَم[2].

ورُوِي أن مَضارِبَ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانَت في الحِلّ[3]، ومُصلّاه في الحَرَم[4]، فإنما حَلَق في الحَرَم.

وعندَهما: إنما لا يَحلِقُ إذا أُحصِر في الحِلّ، فأما إذا أُحصِر في الحَرَم: فيَحلِقُ؛ لأن الحلقَ يَتوقَّتُ عندَهما بالحَرَم.

ولأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنما أمَرهم بالحَلق ليُعرَفَ به عزمُهم على الانصِراف، ويَأمَنَ الْمُشرِكون منهم، فلا يَشتغِلون بمَكِيدةٍ أُخرى بعدَ الصُّلحِ.

وإن لم يَجِد ما يَذبَحُ بَقِي مُحرِمًا، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحِلُّ بالصَّوم، بأن يُقوِّمَ شاةً وسَطًا، فيَصومَ بكلِّ مُدٍّ يومًا، اعتبَره بصَوم الْمُتعةِ.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا تَحۡلِقُواْ رُءُوسَكُمۡ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡهَدۡيُ مَحِلَّهُۥۚ﴾ [البَقَرة: ١٩٦]، أَنهى الحُرمةَ إلى غايةٍ، فلا يَثبُتُ الحِلُّ قبلَها.

وإن كان قارِنًا بَعَث بدَمَين؛ لأنه مُحرِمٌ بإحرامَين، وتَحلُّلُه عن كلِّ إحرامٍ قبلَ أداءِ الأعمالِ، فلهذا يَبعَثُ بهَدْيَين.

فإن بَعَث القارِنُ بهَدْيٍ واحِدٍ ليَتحلَّلَ عن الحجّ، ويَبقى في إِحرام العُمرةِ: لم يَتحلَّل عن واحِدٍ منهما؛ لأن التَّحلُّلَ منهما إنما شُرِع في حالةٍ واحِدةٍ، فلو تَحلَّل عن أحَدهما دونَ الآخَرِ.. لكان فيه تَغييرُ الْمَشروعِ.

---

(١) في سوى (هـ): بعضه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (هـ): الجبل.

(٤) تقدم أيضًا.

وتوقَّت بالحَرَم(ف)، لا بيوم النَّحرِ(س م).

ولا يَجوزُ ذبحُ دمِ الإحصارِ إلا في الحَرَم؛ لما مرّ.

ويَجوزُ ذبحُه قبلَ يومِ النَّحرِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: لا يَجوزُ الذَّبحُ للمُحصَر بالحجِّ إلا في يَوم النَّحرِ، ويَجوزُ الذَّبحُ للمُحصَر بالعُمرة متى شاء؛ لأن أعمالَ العُمرةِ لا تَختَصُّ بوقتٍ، فكذا الهَدْيُ الذي به يُتحلَّلُ عن إِحرام العُمرةِ.

بخِلاف الْمُحصَرِ بالحجِّ على قَولهما؛ لأن أعمالَ الحجِّ مُختَصّةٌ بوقتٍ، فكذا الهَدْيُ الذي به يُتحلَّلُ يَتوقَّتُ بوَقتٍ.

لهما: أن هذا دمٌ يُتحلَّلُ به من إِحرام الحجِّ، فيَختَصُّ بيَوم النَّحرِ، كالحَلق، وربما[1] يَعتبِرانه بهَدْيِ الْمُتعةِ والقِرانِ.

وله: قولُه تَعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البَقَرَة: ١٩٦]، ذَكَره مُطلَقًا، ولم يَشترِط زمانًا، فلا يُزادُ على الكِتاب بخَبَر الواحِدِ والقِياسِ.

وقال تَعالى: ﴿لَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ﴾ [البَقَرَة: ١٩٦]، وإنه اسمٌ للمَكان، فالتَّقييدُ بالزَّمان زِيادةٌ على النَّصّ، وهي نسخٌ، فلا يَجوزُ بالرَّأي.

ولأن الْمَكانَ لما صار مُرادًا بَطَل الزَّمانُ عن أن يَكونَ مُرادًا؛ لأنهما مُختلِفان لا يَجوزُ أن يَجتمِعا مُرادَين بلفظٍ واحِدٍ.

ولأنه دمُ كفّارةٍ؛ لأنه يَجِبُ للإحلال قبلَ أوانِه، ولهذا لا[2] يُباحُ التَّناوُلُ منه، ودِماءُ الكفّاراتِ تَختَصُّ بالحَرَم، ولا تَختَصُّ بيَوم النَّحرِ.

---

(١) في (هـ): وإنما.

(٢) سقطت من (هـ).

بخِلاف دمِ الْمُتعةِ والقِرانِ؛ لأنها دمُ نُسُكٍ، حتى حَلَّ التَّناوُلُ منه، كالأُضحِيّة.

وبخِلاف الحلقِ؛ لأنه تَحلُّلٌ في أَوانه.

والتَّحلُّلُ نَوعان: في أَوانه، وقبلَ أوانِه..

فالذي في أَوانه: يَتوقَّتُ بيَوم النَّحرِ؛ لأن الرُّكنَ الأصليَّ هو الوُقوفُ، وإنما تَنتَهي مُدّتُه بطُلوع الفجرِ يومَ النَّحرِ.

والذي في غَير أوانِه: لا[1] يَتوقَّفُ[2] على أَداء الأفعالِ، فلا يَتوقَّتُ[3] بيَوم النَّحرِ؛ لعَدَم الضَّرورةِ التي ذَكَرنا.

وعلى الْمُحصَر بالحجِّ إن تَحلَّل: حَجّةٌ وعُمرةٌ(ف)، والْمُعتمِرِ: عُمرةٌ(ك ف)، والقارِنِ: حَجّةٌ وعُمرتان.

والْمُحصَرُ بالحجِّ إذا تَحلَّل: فعليه حَجّةٌ وعُمرةٌ، كذا رُوِي عن ابن عبّاسٍ وابنِ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنهُم[4].

وقال الشّافعيُّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: عليه حَجّةٌ لا غيرُ؛ لأنه أُحصِر عن الحجّ، فلا يَلزَمُه غيرُه.

ولنا: أنه إن كان مُحرِمًا بحجِّ الإسلامِ فقد بَقِي عليه؛ حيث لم يَصِر مُؤدًّى، وإن كان مُحرِمًا بحجِّ التَّطوُّعِ فعليه قَضاؤُه؛ لأنه خَرَج منه بعدَ صِحّةِ الشُّروعِ فيه قبلَ أدائِه.

وعندَ الشّافعيّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَجِبُ عليه القَضاءُ.

وهو نَظيرُ الشّارعِ في صَوم التَّطوُّعِ إذا أفسَده، كما مرّ.

---

(١) سقطت من (د).

(٢) في (و): لا يتوقت.

(٣) في (ج): فلا يتوقف.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٤٤: ذكره أبو بكر الرازي عن ابن عباس وابن مسعود لا غير.

وأما قَضاءُ العُمرةِ: فلأنه في مَعنى فائتِ الحجِّ؛ حيث خَرَج منه بعدَ صِحّةِ الشُّروعِ قبلَ أداءِ الأعمالِ، وعلى فائِت الحجِّ التَّحلُّلُ بأَفعال العُمرةِ، فإذا لم يأتِ بها فعليه قَضاءُ العُمرةِ أيضًا.

فإن قِيل: إنه شَرَع في الحجّ، فكيف يَجِبُ عليه أفعالُ العُمرةِ وهو لم يَشرَع فيها؟

قُلنا: العُمرةُ بعضُ الحجِّ ودونَه، فجاز أن تَتأدّى بإِحرام الحجِّ، كصَلاة النَّفلِ، فإنها بعضُ الفرضِ ودونَه، فتَتأدّى بإِحرام الفرضِ، بأن يُصلِّيَ الظُّهرَ سِتًّا، فإن الرَّكعتَين الأُخريَين نفلٌ، وقد أدّاهما بإِحرام الفرضِ.

وكذا الْمُكفِّرُ بالصَّوم إذا أيسَر، بَقِي في النَّفل بإِحرام الفرضِ.

فإن قِيل: فهذه العُمرةُ التي تَلزَمُه بالفَوت لا يَجِبُ[1] قَضاؤُها، كالْمُكفِّر بالصَّوم إذا أيسَر ثم أفطَر.

قُلنا: إن من شَرَع في حجٍّ[2] بنِيّة الفرضِ، ثم تَبيَّن أنه أدّى الفرضَ، فأفسَد النَّفلَ: لَزِمه القَضاءُ؛ لأن الإحرامَ بالحجِّ أو العُمرةِ لازِمٌ، بقصدٍ أو بغَيره، بخِلاف الصَّومِ والصَّلاةِ.

وعلى الْمُحصَر بالعُمرة القَضاءُ، فالإحصارُ عنها يَتحقَّقُ عندَنا.

خِلافًا لمالِكٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأن حُكمَ الإحصارِ لمن يَخافُ الفوتَ، **والْمُعتمِرُ لا يَخافُه**.

ولنا: أنه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ وأصحابه رَضِوَٱللَّهُعَنۡهُمۡ أُحصِروا بالحُدَيبِية، وكانُوا عُمّارًا،

---

(١) في (د): ينبغي أن لا.

(٢) في (هـ): في حج نفل.

حتى قَضى رَسولُ اللهِ صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ عُمرتَه، فكانَت تُسمّى عُمرةَ القَضاءِ[1].

ولأن التَّحلُّلَ ثَبَت لامتِداد[2] الإحرامِ فوقَ ما اقتَضاه عقدُ الإحرامِ؛ لأنه التَزم بإِحرامه[3] حُرمةً مُغيّاةً إلى غايةٍ يُمكِنُ الخُروجُ عنها عادةً، أما الزِّيادةُ: فلا.

وإذا لَزِم العاقِدَ فوقَ ما اقتَضاه العقدُ من الضَّرر كان له دفعُه[4]، كما في الْمَبيع يُرَدُّ بالعَيب، فكذا هذا.

والعُمرةُ أَدنى من الحجّ، فلما صحَّ رفضُ الأَعلى فالأَدنى به أَولى.

وإذا تَحقَّق الإحصارُ فيها فعليه القَضاءُ إذا تَحلَّل، كما في الحجّ.

وعلى القارِن حَجّةٌ وعُمرتان، أما الحَجّةُ وإِحدى العُمرتَين: فللتَّحلُّل عن إِحرام الحجِّ، وأما العُمرةُ الأُخرى: فللتَّحلُّل عنها بعدَ الشُّروعِ فيها.

فإن بَعَث القارِنُ هَدْيًا، وواعَدَهم أن يَذبَحوه في يومٍ بعَينه، ثم زال الإحصارُ.. فإن كان لا يَقدِرُ على إِدراك الحجِّ والهَدْيِ: لا يَلزَمُه التَّوجُّهُ، بل يَصبِرُ حتى يَحِلَّ بنَحر الهَدْيِ، لأن الغرَضَ من التَّوجُّه أداءُ الأعمالِ، وقد فات ذلك الغرَضُ.

فإن تَوجَّه ليَتحلَّل بأفعال العُمرةِ: له ذلك؛ لأنه فائِتُ الحجِّ.

قَدَر على الهَدْيِ والحجِّ: تَوجَّه، وإلا لا(و ز).

وإن قَدَر على إِدراك الحجِّ والهَدْيِ: لَزِمه أن يَتوجَّهَ لأَداء الحجِّ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ز): لأمته إذ.

(٣) في (هـ): بإخراجه.

(٤) في (هـ): رفعه.

ولا يَتحلَّلُ بالهَدْي؛ لأن ذلك كان للعَجز عن أداء[1] الحجِّ، فكان في حُكم البدَلِ، وقد قَدَر على الأَصل قبلَ حُصولِ الْمَقصودِ بالبَدَل، فسَقَط اعتِبارُ البدَلِ.

وإذا أدرَكَ هَدْيَه صَنَع به ما شاء؛ لأنه مِلكُه، وقد كان عَيَّنه لِمَقصودٍ، وقد استَغنى عنه.

وإن قَدَر على الهَدْي دونَ الحجِّ تَحلَّل بذَبح الهَدْيِ؛ لأنه عَجز عن الأَصل.

وإن قَدَر على الحجِّ دونَ الهَدْيِ جاز له التَّحلُّلُ استِحسانًا.

والقِياسُ: أن يَلزَمَه التَّوجُّهُ، ولا يَتحلَّل، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وهذا التَّقسيمُ لا يُتصوَّرُ على مَذهَبهما في الْمُحصَر بالحجّ؛ لأن دمَ الإحصارِ عندَهما يَتوقَّتُ بيَوم النَّحرِ، فمتى أدرَكَ الحجَّ أدرَكَ الهَدْيَ لا مَحالةَ، فلا عُذرَ له، فعليه الْمُضِيُّ.

وإنما يَستَقيمُ التَّقسيمُ على مَذهَب أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن دمَ الإحصارِ لا يَتوقَّتُ عندَه، فيُتصوَّرُ أن يَزولَ العُذرُ، فيُدرِكَ الحجَّ ولا يُدرِكَ الهَدْيَ، بأن كان الْمِيعادُ أن يَنحَرَ في أوَّل يومِ العشرِ.

وإذا كان كذلك كان عُذرًا؛ لأنه إذا نُحِر عنه تَحلَّل، فلا يُمكِنُه الْمُضِيُّ في الحجّ.

وفي الْمُحصَر بالعُمرة يَستَقيمُ التَّقسيمُ اتِّفاقًا؛ لأن هَدْيَه لا يَتوقَّتُ بيوم النَّحرِ اتِّفاقًا.

وجهُ القِياسِ: أن العجزَ عن أداء الأعمالِ قد ارتَفَع بزَوال الإحصارِ، فيَسقُطُ حُكمُ البدَلِ، وهو الهَدْيُ؛ لقُدرته[2] على الأَصل، وهو الحجُّ.

إلا أنّا نَقولُ: لو توجَّه لضاع مالُه؛ فإن الهَدْيَ مِلكُه، وقد عَيَّنه لِمَقصودٍ، وهو

---

(١) في (ب): إدراك.

(٢) في (ج): بقدرته.

التَّحلُّل، فإذا لم يُدرِكه ولا[1] يَتحلَّل به، فيَضيعُ[2] مالُه.

وحُرمةُ مالِ الْمُسلِمِ كحُرمة دمِه، فكما كان[3] الخوفُ على نَفسه عُذرًا له في التَّحلُّل.. فكذا الخوفُ على ماله.

والأفضلُ له أن يَتوجَّهَ؛ لأنه أقربُ إلى الوَفاء بما وَعَد، وهو أداءُ ما شَرَع فيه.

لا إحصارَ بعدَما وَقَف.

وإن وَقَف بعَرَفةَ ثم أُحصِر: لم يكن مُحصَرًا؛ لأن حُكمَ الإحصارِ يَثبُتُ عندَ خوفِ الفوتِ، وبعدَ الوُقوفِ بعَرَفةَ لا يُخافُ الفوتُ؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من وَقَف بعَرَفةَ فقد تمَّ حجُّه»[4]، فلا يَكونُ مُحصَرًا، ولكنه يَبقى مُحرِمًا إلى أن يَطوفَ طَوافَ الزِّيارة وطَوافَ الصَّدَرِ ويَحلِقَ.

فإن قِيل: قد قُلتُم: إن مُدّةَ الإحرامِ متى زادَت يَثبُتُ حُكمُ الإحصارِ، وقد ازدادَت مُدّةُ الإحرامِ[5] هنا، فلماذا لا يَثبُتُ حُكمُ الإحصارِ في حقِّه؟

قُلنا: لا كذلك؛ فإنه مُتمكِّنٌ من التَّحلُّل بالحَلق إلا في النِّساء، والْمَشقّةُ بالكفِّ عن النِّساء ليست كهي بالكفِّ عن سائِر الْمَحظوراتِ، فلم يَتحقَّق العُذرُ الْمُوجِبُ للتَّحلُّل.

ذَكَر[6] في «الهِداية»: (ومن أُحصِر بمَكّةَ وهو مَمنوعٌ عن الطَّواف والوُقوفِ: فهو مُحصَرٌ).

---

(١) في (و): فلا.

(٢) في (ج): ليضيع. وعبارة «المبسوط» ٤/ ١١٠: فإن كان لا يدركه ولا يتحلل به: يضيع ماله.

(٣) في (هـ): فكما أن.

(٤) تقدم تخريجه مرارًا.

(٥) في (ب): الإحصار.

(٦) في (هـ): وذكر.

وذَكَر في «الْمَبسوط»: قال أبو يوسفَ: سَألتُ أبا حنيفةَ -رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا- عن الْمُحرِم يُحصَرُ في الحَرَم، قال: لا يَكونُ[1] مُحصَرًا.

قُلتُ: أليس أن النَّبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أُحصِر بالحُدَيبِيَة، وهي من الحَرَم[2]؟ فقال: إن مَكّةَ يومَئذٍ كانَت دارَ حربٍ، وأما اليومَ: فهي دارُ الإسلامِ، فلا يَتحقَّقُ الإحصارُ فيها.

قال أبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: أما أنا فأقولُ: إذا غَلَب العَدُوُّ على مَكّةَ حتى حالُوا بينَه وبينَ البيتِ: كان مُحصَرًا.

وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ.

والأصحُّ أن يَقولَ: إذا كان مُحرِمًا بالحجّ.

مُنِع بمَكّةَ عن الرُّكنَين فهو مُحصَرٌ، وإلا لا.

فإن مُنِع عن الوُقوف والطَّوافِ: فهو مُحصَرٌ، وإن لم يُمنَع من أحَدهما: لم يكن مُحصَرًا.

لأنه إن لم يكن مَمنوعًا عن الطَّواف[3] فيُمكِنُه أن يَصبِرَ حتى يَفوتَه الحجُّ، فيَتحلَّلَ بالطَّواف والسَّعيِ، وإن لم يكن مَمنوعًا من[4] الوُقوف فيُمكِنُه أن يَقِفَ بعَرَفةَ ليَتِمَّ حجُّه، ثم يَحلِقَ فيَتحلَّلَ، فلا يَزدادَ عليه مُوجَبُ إحرامِه.

فأما إذا كان مَمنوعًا عنهما: فقد تَعذَّر عليه الإتمامُ والتَّحلُّلُ بالطَّواف، فيَكونُ مُحصَرًا، كما لو أُحصِر في الحِلّ، واللهُ أعلمُ.

---

(١) في (ب): قال يكون، وفي الحاشية: لا يكون. ط.

(٢) تقدم أن بعضها من الحرم.

(٣) في (د): لأنه إن كان ممنوعًا من الوقوف، وفي (و): عن الوقوف.

(٤) في (ب): عن.

بَابُ الفَوَاتِ[1]

فاتَه الحجُّ بفَوت الوُقوفِ: حلَّ بعُمرةٍ، وقَضى من مِيقاته(ف)، ولا دمَ(ف).

أحرَم بالحجّ، وفاتَه الوُقوفُ بعَرَفةَ حتى طلَع فجرُ يومِ النَّحرِ: فقد فاتَه الحجُّ، فيَحِلُّ بعُمرةٍ، وهو أن يَطوفَ ويَسعى ويَتحلَّلَ.

ويَقضي من مِيقاته، وإن[2] كان أحرَم أوَّلًا قبلَ الْمِيقاتِ.

والأصلُ فيه: قولُه صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «من أدرَكَ عَرَفةَ بليلٍ فقد أدرَكَ الحجَّ، ومن فاتَه عَرَفةُ بليلٍ فقد فاتَه الحجُّ، فلْيَحِلَّ بعُمرةٍ، وعليه الحجُّ من قابِلٍ»[3].

وقال صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «من فاتَه الحجُّ تَحلَّل بعُمرةٍ، ولا دمَ عليه، وعليه الحجُّ من قابِلٍ»[4].

---

(١) الفوات: مصدر فات فَوْتًا وفَوَاتًا: إذا سُبِق فلم يُدرِك، وهو هنا كذلك. «المطلع» ص٢٤١.

(٢) في (ب): إن.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٤٥: قال عَلَيْهِٱلسَّلَامُ: «من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج، فليحل بعمرة، وعليه الحج من قابل». قلت: أخرجه الدارقطني في «سننه» عن ابن عمر، وابن عباس.

فحديث ابن عمر (٢٥١٨): أن رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «من وقف بعرفة بليل فقد أدرك الحج، ومن فاته عرفات بليل فقد فاته الحج، فليحل بعمرة، وعليه الحج من قابل». انتهى.

وحديث ابن عباس (٢٥١٩): قال رسول الله صَلَّىٰاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «من أدرك عرفات فوقف بها والمزدلفة فقد تم حجه، ومن فاته عرفات فقد فاته الحج، فليحل بعمرة، وعليه الحج من قابل»... إلخ.

والعُمرةُ ليست إلا الطَّوافَ والسَّعيَ.

ولأن الإحرامَ بعدَما انعقَد صَحيحًا فطَريقُ الخُروجِ عنه أداءُ الحجِّ أو[1] العُمرةِ، كمن أحرَم إحرامًا مُبهَمًا، بأن يَقولَ: أحرَمتُ، ولم يَنوِ حَجًّا أو عُمرةً، فإنه يَتخيَّرُ: إن شاء خَرَج عنه بأَعمال العُمرةِ، وإن شاء بأَعمال الحجِّ.

وهنا تَعذَّر عليه الخُروجُ بالحجّ، فتَعيَّن عليه الخُروجُ بعَمَل العُمرةِ.

ثم عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أصلُ إحرامِه باقٍ، ويَتحلَّلُ عنه بعَمَل العُمرةِ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَصيرُ إحرامُه إحرامَ العُمرةِ؛ لأن التَّحلُّلَ بطَواف العُمرةِ إنما يَكونُ بإِحرام العُمرةِ.

ولهما: أنه لا يُمكِنُ جعلُ إحرامِه للعُمرة إلا بفَسخ إحرامِ الحجِّ الذي شَرَع فيه، ولا سَبيلَ إليه.

ثم عندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ: إذا قَضى الحجَّ الفائِتَ يَحرُمُ من حيث أحرَم أوَّلًا؛ لأن القَضاءَ بحَسَب الأداءِ.

ولنا: أن الزِّيادةَ لا تَحتاجُ إليها، فيَلغو اعتِبارُ مَكانِ الإحرامِ، كما لَغا اعتِبارُ زَمانِه.

ولا دمَ عليه؛ لما رَوَينا، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَجِبُ عليه الدَّمُ، كالْمُحصَر.

ولنا: أن الْمُحصَرَ عاجِزٌ عن التَّحلُّل بالطَّواف والسَّعيِ، فشُرِع الدَّمُ في حقِّه للتَّحلُّل بدَلًا عن التَّحلُّل بالعُمرة، وفائِتُ الحجِّ قادِرٌ على ذلك، فلا يَجمَعُ بينَ البدَلِ والأصلِ.

ولا فَوْتَ لعُمرةٍ.

وصَحَّت[2] في السَّنَة، إلا(ف) يومَ عَرَفةَ(س ف)، والنَّحرِ(ف)، والتَّشريقِ(ف).

---

(١) في (ز): و.

(٢) أي العمرة.

والعُمرةُ لا تفوتُ.

وهي جائِزةٌ في جَميعِ السَّنةِ، ولكن يُكرَهُ أداؤُها في خَمسة أيّامٍ: يومِ عَرَفةَ، ويومِ النَّحرِ، وأيّامِ التَّشريقِ؛ لما رُوِي عن عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهَا أنها كانَت تكرَهُ العُمرةَ في هذه الأيّامِ الخَمسةِ[1].

ولأن اللهَ سُبحانَه وتَعالى سَمّى هذه الأيّامَ أيّامَ الحجِّ[2]، فيقتَضي أن تكونَ مُتعيِّنةً للحجّ، فلا يَجوزُ الاشتِغالُ فيها بغَيره[3].

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تُكرَهُ العُمرةُ في هذه الأيّامِ الخَمسةِ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا تُكرَهُ العُمرةُ يومَ عَرفةَ قبلَ الزَّوالِ؛ لأن دُخولَ وقتِ رُكنِ الحجِّ بعدَ الزَّوالِ.

ولكن مع هذه الكَراهةِ لو أدّى العُمرةَ في هذه الأيّامِ تَصِحُّ، ويَبقى مُحرِمًا بها في هذه الأيّامِ[4]، كبَقاء الصَّلاةِ بعدَ دُخولِ الوقتِ المَكروهِ؛ لأن الكَراهةَ لتَعظيم أمرِ الحجِّ لا لعَينِ العُمرةِ، فلا تَنفي[5] شَرعيّتَها.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٤٦: أخرج البيهقي (٨٧٤١) عن شعبة عن يزيد الرشك عن معاذة عن عائشة قالت: حلت العمرة في السنة كلها إلا أربعة أيام: يوم عرفة، ويوم النحر، ويومان بعد ذلك. انتهى، وقال الشيخ في «الإمام»: وروى إسماعيل بن عياش عن إبراهيم بن نافع عن طاووس قال: قال البحر -يعني ابن عباس- خمسة أيام: يوم عرفة، ويوم النحر، وثلاثة أيام التشريق، اعتمر قبلها وبعدها ما شئته. انتهى، ولم يعزه.

(٢) لعله يشير إلى قوله تعالى: ﴿وَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ فِيٓ أَيَّامٖ مَّعۡدُودَٰتٖ﴾ الآية [البقرة: ٢٠٣].

(٣) في (أ): لغيرها، وفي (ب) و(ج) و(ز): بغيرها.

(٤) في (ج): الآية.

(٥) في (هـ): فلا يبقى.

وسُنَّت(ف) بطَوافٍ وسعيٍ.

والعُمرةُ سُنّةٌ مُؤكّدةٌ، وقال الشّافعيُّ: فَريضةٌ.

وعن بَعض أصحابِنا: أنها فرضُ كِفايةٍ، كصَلاة الجَنازةِ؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العُمرةُ فَريضةٌ كفَريضة الحجِّ»(1).

ولنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الحجُّ فَريضةٌ، والعُمْرةُ تطوُّعٌ»(2).

ولأنها غيرُ مُؤقّتةٍ بوقتٍ، وتَتأدّى بنيّة غيرِها، فإنها تَتأدّى بإِحرام الحجِّ في فائِت الحجِّ، وهي أمارةُ النَّفليّةِ، كصَلاة النَّفلِ تَتأدّى بإِحرام الفرضِ، بأن صَلّى الظُّهرَ سِتًّا.

وتَأويلُ الْمَرويِّ(3): أنها مُقدَّرةٌ؛ إذ الفرضُ هو التَّقديرُ، قال اللهُ تَعالى: ﴿سُورَةٌ أَنزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا﴾ [النور: 1]، أي قَدَّرناها.

ولأن الفَرْضيّةَ لا تَثبُتُ بخَبَر الواحِدِ، كيف وقد تَعارَض الخَبَران؟!

ولا مُتمسَّكَ(4) بقَوله تَعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: 196]؛ لأن ذا أمرٌ

---

(1) قال في «نصب الراية» 3/ 147: غريب، وروى الحاكم في «المستدرك» (1730)، والدارقطني في «سننه» (2718) عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الحج والعمرة فريضتان، لا يضرك بأيهما بدأت»

(2) قال في «نصب الراية» 3/ 149: غريب مرفوعًا، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (13648) موقوفًا على ابن مسعود، فقال: حدثنا ابن إدريس وأبو أسامة عن سعيد بن أبي عروبة عن أبي معشر عن إبراهيم قال: قال عبد الله بن مسعود: الحج فريضة، والعمرة تطوع. انتهى.

وروى ابن ماجه في «سننه» (2989) عن طلحة بن عبيد الله: أنه سمع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الحج جهاد والعمرة تطوع».

(3) أي حديث: «العمرة فريضة».

(4) في (د) و(هـ): يتمسك، وفي (و): مستمسك.

بإتمام العُمرةِ، وبه نَقولُ إذا شَرَع فيها يَجِبُ عليه الإتمامُ.

ولا يُقالُ: السُّنَّةُ ما لها نَظيرٌ في الواجِبات: لأن لها نَظيرًا، وهو طَوافُ الزِّيارةِ والسَّعيُ في الحجّ.

وهي: الإحرامُ، والطَّوافُ، والسَّعيُ، إلا أن الإحرامَ شرطٌ، والطَّوافَ رُكنٌ، والسَّعيَ والحلقَ واجِبان، وقد عُرِف، واللهُ أعلمُ.

باب الحج عن الغير

اعلَم أن الإنسانَ له جعلُ ثوابِ عمَلِه لغَيره، صَلاةً، أو صومًا، أو صَدَقةً، أو غيرَها، عندَ أهلِ السُّنّةِ.

خِلافًا للمُعتزِلة؛ لأن الثَّوابَ هو الجنّةُ، وليس له جعلُ الجنّةِ لغَيره.

ولنا: أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ضَحّى بكَبشَين أملَحَين مَوجوءَين، أحَدُهما عن نَفسه، والآخَرُ عن أُمّته ممن أقرَّ بوَحدانيّة اللهِ تَعالى ورِسالتِه[1].

فالنَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعَل ثَوابَ تَضحيةِ إِحدى الشّاتَين لأُمّته، فدَلَّ على جوازه نصًّا، وإن كُنّا لا نَعقِلُ.

على أنه جَعَل ما له بحُكم[2] الوعدِ لغَيره، فلا مِراءَ.

والعِباداتُ ثَلاثةُ أنواعٍ:

ماليّةٌ محضةٌ، وهي: ما تَتأدّى بالمال، كالزَّكاة وصَدَقةِ الفطرِ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٥١: روي من حديث عائشة، وأبي هريرة، ومن حديث جابر، ومن حديث أبي رافع، ومن حديث حذيفة بن أسيد الغفاري، ومن حديث أبي طلحة الأنصاري، ومن حديث أنس. فحديث عائشة وأبي هريرة: رواه ابن ماجه في «سننه» (٣١٢٢) من طريق عبد الرزاق أنا سفيان الثوري عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن أبي سلمة عن عائشة أو أبي هريرة: أن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ كان إذا أراد أن يضحي اشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوءين، فذبح أحدهما عن أمته ممن شهد له بالتوحيد، وشهد له بالبلاغ، وذبح الآخر عن محمد وآل محمد. انتهى.

(٢) في (ز): لحكم.

وبَدَنيّةٌ محضةٌ، وهي: ما تَتأدّى بالبَدَن، كالصَّلاة والصَّوم.

ومُركّبةٌ منهما، كالحجّ، فإنه ماليٌّ من حيث شَرطيّةُ الاستِطاعةِ، ووُجوبُ الأجزِيةِ[1] بارتِكاب مَحظوراتِه، وبَدَنيٌّ من حيث الطَّوافُ والوُقوفُ.

والإنابةُ تَجري في النَّوع الأوّلِ في حالتَي الاختيارِ والاضطِرارِ؛ لأن المَقصودَ سدُّ خَلّةِ المُحتاجِ بدَفع المالِ إليه، وذا يَحصُلُ بنائِبه كما يَحصُلُ به.

ولا تَجري الإنابةُ في النَّوع الثّاني بحالٍ؛ لأن المَقصودَ منه إتعابُ النَّفسِ الأمّارةِ بالسُّوء طلَبًا لِمَرضاته تَعالى؛ لأنها انتَصَبت لِمُعاداته تَعالى، ففي الوَحي: عادِ نفسَك؛ فإنها انتَصَبت لِمُعاداتي[2].

وذا لا يَحصُلُ بالنّائِب أصلًا، فلا تَجري الإنابةُ فيها بحالٍ.

وتَجري في النَّوع الثّالثِ عندَ العجزِ؛ للمَعنى الأوّلِ، وهي المَشقّةُ بتَنقيص المالِ لسدِّ خَلّةِ المُحتاجِ، ولا تَجري عندَ القُدرةِ؛ لعَدَم إتعابِ النَّفسِ؛ إعمالًا للشَّبهَين بالقَدر المُمكِنِ[3].

أحَجَّ عاجِزٌ: صحّ، لا قادِرٌ لفرضٍ.

والشَّرطُ: العجزُ الدّائمُ إلى وَقت الموتِ إن كان الحجُّ فرضًا؛ لأنه فرضُ العُمُرِ[4]، فيُعتبَرُ فيه عجزٌ مُستوعِبٌ لبَقِيّة العُمُرِ؛ ليَقَعَ به اليأسُ عن الأداء بالبَدَن..

فقُلنا: إن عَجَز لِمعنًى لا يَزولُ، كالزَّمانة: صحَّ الأداءُ بالنّائِب مُطلَقًا.

---

(١) في (ج) و(هـ) و(و): الأجرية، وفي (ز): الآخرية، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

(٢) لم أقف عليه.

(٣) كلمتا: تجري ولا تجري في هذه الفقرة في (هـ): بالزاي، أي تجزي ولا تجزي.

(٤) في (د): العين.

وإن كان بعارِضٍ يُتوهَّمُ زَوالُه، بأن كان مَريضًا أو مَسجونًا: كان الأداءُ بالنّائِب مُراعًى.

فإن استَمرَّ به العُذرُ إلى الْمَوت تَحقَّق اليأسُ عن الأَداء بالبَدَن، فوَقَع الْمُؤدّى جائِزًا، وإلا تَبيَّن أن اليأسَ لم يَتحقَّق عن الأَداء بالبَدَن، فعليه حَجّةُ الإسلامِ، والْمُؤدّى تَطوُّعٌ له.

وفي الحجِّ التَّطوُّعِ تَجوزُ الإنابةُ حالةَ القُدرةِ، حتى إن صَحيحَ البدَنِ لو أَحَجَّ رَجُلًا بماله على سَبيل التَّطوُّعِ عنه: يَجوزُ؛ لأن مَبنى النَّوافلِ على السَّعة، حتى جاز تركُ القِيامِ اختِيارًا في صَلاة النَّفلِ.

ثم **الصَّحيحُ** من الْمَذهَب فيمن يَحُجُّ عن غَيره: أن أصلَ الحجِّ يَقَعُ عن الْمَحجوج عنه؛ لما رُوِي أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لسائِلةٍ: «حُجِّي عن أبيكِ واعتَمِري»[1].

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٥٦: قال المصنف: ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه، وبذلك تشهد الأخبار الواردة في الباب، لحديث الخثعمية، فإنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال فيه: «حجي عن أبيك واعتمري»، قلت: هذا وهم من المصنف، فإن حديث الخثعمية ليس فيه ذكر الاعتمار، أخرجه الأئمة الستة في كتبهم (البخاري ٤٣٩٩ ومسلم ١٣٣٤)، ورواه أبو داود من حديث عبد الله بن عباس، ورواه الباقون من حديث أخيه الفضل بن عباس: أن امرأة من خثعم قالت: يا رسول الله! إن أبي أدركته فريضة الله في الحج، وهو شيخ كبير لا يستطيع أن يستوي على ظهر البعير، قال: «حجي عنه»، وكذلك في حجة الوداع، وفي بعض طرقه: هل يقضي أن أحج عنه؟ انتهى.

ورواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي من حديث ابن عباس: أن امرأة من خثعم، وفي لفظ قال: كان الفضل رديف النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ، فالبعض جعله من مسند الفضل، والبعض جعله من مسند أخيه عبد الله، ولم يحسن شيخنا علاء الدين مقلدًا لغيره في قوله: أخرجه الجماعة عن ابن عباس، والله أعلم، قال الترمذي: وسألت محمدًا عن هذه الرواية فقال لي: أصح شيء في هذا الباب ما رواه ابن عباس =

وقال رَجُلٌ: يا رَسولَ اللهِ! إن أَبِي مات ولم يَحُجَّ، أفيُجزِيني[1] أن أَحُجَّ عنه؟ فقال: «نعم»[2].

وحَديثُ الخَثعَميّةِ مَشهورٌ، وهو ما رُوِيَ أنها قالَت: يا رَسولَ اللهِ! إن فَريضةَ الحجِّ أدرَكَت أبِي شيخًا كَبيرًا لا يَستطيعُ أن يَستمسِكَ على الرّاحِلة، أفيُجزِيني أن أَحُجَّ عنه؟ فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أرَأيتِ لو كان على أبيكِ دَينٌ فقَضيتِه، أكان يَقبَلُ منكِ؟»، قالَت: نعم، قال: «اللهُ تَعالى أحقُّ أن يَقبَلَ»[3].

فدَلَّ أن أصلَ الحجِّ يَقَعُ عن الْمَحجوج عنه.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الحجَّ يَقَعُ عن الحاجّ، وللمَحجوج عنه ثَوابُ النَّفَقةِ؛ لأن الحجَّ عِبادةٌ بَدَنيّةٌ، ولا تَجري الإنابةُ في أَدائها.

= عن الفضل بن عباس عن النبي عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ، قال محمد: ويحتمل أن يكون ابن عباس سمعه من الفضل وغيره عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثم أرسله، فلم يذكر من سمعه منه. انتهى كلامه، والله أعلم.

حديث آخر: تقدم حديث أبي رزين العقيلي، أخرجه أصحاب السنن الأربعة (أبو داود ١٨١٠ والترمذي ٩٣٠ والنسائي ٢٦٢١ وابن ماجه ٢٩٠٦) عن شعبة عن النعمان بن سالم عن عمرو بن أوس عن أبي رزين العقيلي -رجل من بني عامر- قال: يا رسول الله! إن أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن، قال: «حج عن أبيك واعتمر». انتهى، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، واسم أبي رزين لقيط بن عامر. انتهى، ورواه أحمد في «مسنده»، وابن حبان في «صحيحه» في النوع السبعين من القسم الأول، والحاكم في «المستدرك»، وقال: على شرط الشيخين.

(١) في (ز): أفيجزي.

(٢) تقدم لهذا الحديث آنفًا روايات في الصحيحين والسنن، ومن الألفاظ القريبة منه ما رواه النسائي (٢٦٣٩) عن ابن عباس قال: قال رجل: يا رسول الله! إن أبي مات ولم يحج، أفأحج عنه؟ قال: «أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيه؟»، قال: نعم، قال: «فدين الله أحق».

(٣) روي بألفاظ مختلفة عند الستة، وانظر الحديث الأسبق.

لكن الواجِبُ عليه إنفاقُ المالِ في الطَّريق وأداءُ الحجِّ[1]، فإذا عَجز عن أداء الحجِّ بَقِي ما قَدَر عليه، وهو إنفاقُ المالِ في الطَّريق، فلَزِمه دفعُ المالِ ليُنفِقَه الحاجُّ في الطَّريق، وصار الإنفاقُ قائمًا مَقامَ الأفعالِ عندَ العجزِ، كما أُقِيم الفِداءُ مُقامَ الصَّومِ في حقِّ الشَّيخِ الفانِي.

والصَّحيح ما أسلَفنا؛ إذ فرضُ الحجِّ لا يَسقُطُ به عن الحاجّ.

إذا عَرَفنا هذا فنَقولُ:

أحرَم عن آمِرَيه: ضَمِن، لا عن أحَدهما(س).

رَجُلٌ أمَره رَجُلان أن يَحُجَّ عن كلِّ واحِدٍ منهما، فأهَلَّ بحَجّةٍ عنهما: فهي عن الحاجّ، ويَضمَنُ النَّفقةُ.

والْمَسألةُ على ثَلاثة أوجُهٍ:

إما أن أحرَم عنهما جَميعًا، أو عن أحَدهما غيرَ عَينٍ، أو أطلَق..

فإن نَواهما جَميعًا: فقد خالَفهما؛ لأن الحجَّ الْمُؤدّى بحقِّ[2] الآمرِ يَقَعُ للآمِرِ بسَبَب النَّفَقةِ، حتى لا يَخرُجُ الحاجُّ عن حَجّة الإسلامِ، فإذا نَواهما[3] فقد خالَفهما.

لأن كلَّ واحِدٍ منهما أمَره بأن يُخلِصَ السَّفَرَ له، وأن يَنوِيَه بعَينه عندَ الإحرامِ، فإذا لم يَفعَل صار مُخالِفًا، وليس أحَدُهما بأولى من الآخَر ليَقَعَ عنه، فوَقَع عن الْمَأمور.

ولا يُمكِنُه أن يَجعَلَه عن أحَدهما بعدَ ذلك؛ لأنه قد وَقَع عن نَفسه، فلا يَقدِرُ على جَعله لغَيره.

---

(١) في (د): لأداء الحج، وفي (و): لأداء الحج عليه.

(٢) في (ز): عن.

(٣) في (د) و(ز): نوى عنهما.

بخِلاف ما إذا حجَّ عن أبَويه؛ فإن له أن يَجعَلَه عن أحَدهما؛ لأنه غيرُ مَأمورٍ بالحجّ.

ومن حجَّ عن غَيره بغَير أمرِه لا يَكونُ حاجًّا عنه، بل يَكونُ جاعِلًا ثَوابَ الحجِّ له.

وعَزيمتُه في كَون الحجِّ عنهما لغوٌ؛ إذ الحَجّةُ الواحِدةُ لا تَكونُ عن اثنَين، فبَقِي له أصلُ الحجِّ، وهو سببٌ للثَّواب، وله أن يَجعَلَ ثَوابَ عمَلِه لغَيره، فله أن يَجعَلَه لأحَدهما أو لهما.

أما ههنا: فإنما يَفعَلُ بحُكم الأمرِ، وقد أمَره كلُّ واحِدٍ منهما بأن يُخلِصَ الحَجّةَ والسَّفْرةَ له بلا اشتِراكٍ، فإذا أحرَم عنهما صار مُخالِفًا لهما، ووَقَع فِعلُه له، فلا يُمكِنُه أن يَجعَلَه لغَيره بعدَه.

وضَمِن مالَهما إن أنفَق من مالهما؛ لأنه صَرَف مالَهما إلى حجِّ نفسِه، وهما لم يَأمُراه به.

وإن نَوى عن أحَدهما غيرَ عَينٍ.. فإن مَضى على ذلك: صار مُخالِفًا إجماعًا؛ لأنه ليس أحَدُهما بأَولى من الآخَر.

وإن عَيَّن أحَدَهما قبلَ الْمُضِيِّ -أي قبلَ الطَّوافِ والوُقوفِ-: صحَّ ذلك استِحسانًا عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: وَقَع ذلك عن نَفسه بلا تَوقُّفٍ، وضَمِن نَفَقتَهما؛ وهو القِياسُ؛ لأنه أمَره كلُّ واحِدٍ منهما بتَعيين النِّيّةِ[1] له، فإذا أبهَم صار مُخالِفًا لكلِّ واحِدٍ منهما.

كما لو أمَره رَجُلٌ بشِراء عبدٍ، وأمَره آخرُ به، فاشتَراه لأحَدهما: فإنه يَلزَمُ الْمَأمورَ.

---

(١) في (ز): التلبية.

ولا يَلزَمُ إذا أحرَم رَجُلٌ مُبهِمًا من غَير تَعيينِ حجٍّ أو عُمرةٍ، فإنه يَصِحُّ، وله أن يُعيِّنَ ما شاء: لأنه التَزَم الحقَّ لِمَعلومٍ، وهو اللهُ تَعالى، وإنما الْمُلتزَمُ مَجهولٌ، وههنا مَن له الحقُّ مَجهولٌ، وبينَهما بونٌ بَعيدٌ.

فإن من أقَرَّ بحقٍّ مَجهولٍ لِمَعلومٍ صحَّ إقرارُه، ولو أقَرَّ بمَعلومٍ لِمَجهولٍ لا يَصِحُّ.

ولا يَلزَمُ إذا أحرَم عن أحَد أبوَيه، فإنه يَصِحُّ، ويُخيَّرُ؛ لأنه غيرُ مَأمورٍ ليُراعيَ شَرائطَ الامتِثالِ على ما مرّ.

ولهما: أن هذا إبهامٌ لا يُنافي التَّعيينَ، فلا يَمنَعُ صِحّةَ الالتِزامِ، كما لو أحرَم مُبهِمًا بلا تَعيين حجٍّ أو عُمرةٍ.

وهذا لأن الإحرامَ شرطٌ شُرِع وَسيلةً ليَتمكَّنَ به من أَداء الأفعالِ، وليس بمَقصودٍ بنَفسه، حتى صحَّ إحرامُ الحجِّ قبلَ أشهُرِه، ولما كان غيرَ مَقصودٍ شُرِط فيه ما يُتمكَّنُ به من الأَداء.

والْمُبهَمُ الذي يَحتمِلُ التَّعيينَ صَلَح للأَداء بواسِطة التَّعيينِ، فاكتُفِي به شرطًا، فلا يَقَعُ العجزُ عن الامتِثال، فلا يَتحقَّقُ[1] الخِلافُ.

بخِلاف ما إذا أدّى الأفعالَ على الإبهام؛ فإنه لا يُمكِنُه التَّعيينُ؛ لأن الأداءَ هو الْمَقصودُ، فيُؤخَذُ فيه بالكامِل.

وإن أطلَق، بأن سَكَت عن ذِكر الْمَحجوجِ عنه مُعيَّنًا ومُبهَمًا: فلا نصَّ فيه، ويَنبَغي أن يَصِحَّ التَّعيينُ هنا إجماعًا؛ لعَدَم الْمُخالَفةِ قطعًا.

دمُ الإحصارِ على الآمِر(س)، والقِرانِ والجِنايةِ: على الْمَأمور.

---

(١) في (ب): فلا يقع.

رَجُلٌ أمَر رَجُلًا بأن يَقرِنَ عنه: فالدَّمُ على الذي أحرَم.

وكذا إن أمَره رَجُلٌ بأن يَحُجَّ عنه، والآخَرُ بأن يَعتمِرَ عنه، وأذِنا له بالقِران: فالدَّمُ عليه.

اعلَم أن الدِّماءَ ثَلاثةُ أنواعٍ:

ما يَجِبُ نُسُكًا، كدَم الْمُتعةِ والقِرانِ، فذلك على الحاجِّ؛ لأنه وَجَب شُكرًا لما أنعم اللهُ تَعالى عليه من إطلاق العُمرةِ في أشهُر الحجِّ، ووَفَّقه[1] للجَمع بينهما، ولذلك حلَّ التَّناوُلُ منه.

والْمَأمورُ هو الْمُختَصُّ بهذه النِّعمةِ؛ إذ الفِعلُ تَحقَّق منه.

ولأنه لما[2] كان نُسُكًا وسائِرُ الْمَناسِكِ عليه.. فكذا هذا النُّسُكُ، ولهذا إذا لم يَقدِر على الهَدْي فبدَلُه -وهو الصَّومُ- عليه، فكذا أصلُه.

وما يَجِبُ مُؤنةً، كدَم الإحصارِ، فذلك[3] على الْمَحجوج عنه عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: على الحاجِّ؛ لأنه وَجَب للتَّحلُّل، فصار كدَم القِرانِ.

ولهما: أن دمَ الإحصارِ للخُروج عن الإحرام، وهو في مُباشَرة الإحرامِ عامِلٌ له، فكان مُدخِلًا له في هذه العُهدةِ حُكمًا، فعليه تَخليصُه.

ولأن النَّفَقةَ عليه إجماعًا، وهذا من جِنس نَفَقةِ الرُّجوعِ، فتكونُ عليه.

فإن كان يَحُجُّ عن ميْتٍ، فأُحصِر: فالدَّمُ في مال الميْتِ عندَهما.

---

(١) في (أ): ووقع.

(٢) في (و): لو.

(٣) في (د): فكذلك.

ثم قِيل: هو من ثُلُث مالِ الميْتِ؛ لأنه صِلةٌ، كالزَّكاة والفِديةِ.

وقِيل: من كلِّ المالِ؛ لأنه وَجَب حقًّا للمَأمور على الميْت، فيكون دَينًا عليه، كدُيون العِبادِ.

وما يَجِبُ جَزاءً على جِنايته، كقَتل الصَّيد، والحلقِ، والتَّطيُّبِ، ولُبسِ الْمَخيطِ، والجِماعِ، فذلك على الْمَأمور؛ لأنه دمُ جِنايةٍ، وهو[1] الجانِي عن اختِيارٍ، فعليه جَزاؤُه.

ويَضمَنُ النَّفَقةَ إن جامَع قبلَ الوُقوفِ حتى فَسَد حجُّه؛ لأن الْمَأمورَ به الحجُّ الصَّحيحُ.

بخِلاف ما إذا فاتَه الحجُّ؛ حيث لا يَضمَنُ النَّفَقةَ؛ لأنه لم يَفُت باختِياره.

فإن جامَع بعدَ الوُقوفِ بعَرَفةَ لم يَفسُد حجُّه، ولم يَضمَن النَّفَقة؛ لأن مَقصودَ الآمِرِ الحجُّ الصَّحيحُ، وقد حَصَل، وعلى الْمَأمور الدَّمُ في ماله.

فإن مات في طَريقه: حُجَّ من مَنزِله(س م) بثُلُث ما بَقِي(س م).

رَجُلٌ أَوصى بأن يُحَجَّ عنه، فأحَجُّوا عنه رَجُلًا، فلما بَلَغ الكُوفةَ مات أو سُرِقت نَفَقتُه، وقد أنفَق نِصفَ النَّفَقةِ يَحُجُّ عن الميْت من مَنزِله بثُلُث ما بَقِي، عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: يَحُجُّ عنه من حيث مات الْمَأمورُ.

والكَلامُ في مَوضِعَين: في اعتِبار الثُّلُثِ، وفي مَكان الحجِّ.

أما الأوَّلُ: فإن أبا حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يقولُ: يَحُجُّ عنه بثُلُث ما بَقِي من المال.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَحُجُّ عنه بما بَقِي من المال الْمَدفوعِ إليه الْمُفرَزِ[2] للحجِّ إن

---

(١) في (هـ): وهو على.

(٢) في (هـ): المقرر، وفي (و) و(ز) غير منقوطة.

بَقِي شيءٌ، وإلا بَطَلت الوَصِيّةُ؛ اعتِبارًا لِقسمة الوصيِّ بِقِسمة الميْتِ؛ إذ الوَصيُّ قائِمٌ مَقامَ الْمُوصِي في تَعيين النَّفَقةِ.

ولو أن الْمُوصِيَ عَيَّن مالًا، ودَفَعه إلى رَجُلٍ لِيَحُجَّ عنه، ومات، فهَلَك ذلك المالُ في يَد النّائبِ: لا يُؤخَذُ شيءٌ[1] آخَرُ من تَرِكة الْمُوصِي، فكذا إذا عَيَّنه الوَصيُّ[2].

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحُجُّ عنه بما بَقِي من الثُّلُث الأوَّلِ مع ما بَقِي من المال الْمُفرَزِ؛ لأن محَلَّ نَفاذِ الوَصِيةِ الثُّلُثُ، فما بَقِي شيءٌ منه وَجَب تَنفيذُ الوَصِيّةِ فيه.

وأبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقولُ: القِسمةُ لا تَصِحُّ إلا بالتَّسليم إلى الوَجه الذي سَمّى؛ لأنه لا خصمَ لِيَقبِضَ حتى تَتِمَّ القِسمةُ، فإنما تَمامُها بالصَّرف إلى ذلك الوجهِ، فصار كما لو هَلَك قبلَ الإفرازِ[3]، فيُحَجُّ بثُلُث ما بَقِي من المال.

هذا إذا أَوصى بأن يَحُجَّ عنه، أو قال: من الثُّلُث، أما لو أَوصى بأن يَحُجَّ عنه بثُلُثه: فقولُ محمدٍ كقَول أبي يوسفَ، حتى يَحُجُّ عنه من الذي بَقِي من الثُّلُث الأوَّلِ عندَهما.

وأما الثّاني: فوجهُ قولِهما: أن خُروجَه لم يَبطُل بمَوته، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ...﴾ الآيةَ [النِّساء: ١٠٠]، وقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من مات في طَريق الحجِّ كُتِبت[4] له حَجّةٌ مَبرورةٌ في كلِّ سنةٍ»[5].

---

(١) في (ز): بشيء.

(٢) في (ب): الموصي.

(٣) في (ب): الإقرار، وفي (هـ): الإقران.

(٤) في (هـ) و(و): كتب.

(٥) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٥٩: غريب بهذا اللفظ، وروى الطبراني في «معجمه الأوسط» (٥٣٢١)، وأبو يعلى الموصلي في «مسنده» (٦٣٥٧) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من خرج حاجًّا فمات كتب له أجر الحاج إلى يوم القيامة، ومن خرج معتمرًا فمات كتب له أجر=

وإذا لم يَبطُل عمَلُه بالْمَوت فلا يَستقبِلُ.

وله: أن القدْرَ الْمَوجودَ من السَّفَر بَطَل في حقِّ أحكامِ الدُّنيا؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كلُّ عمَلِ بَني[(١)] آدمَ يَنقطِعُ بمَوته، إلا ثَلاثةٌ[(٢)]: ولَدٌ صالِحٌ يَدعو له بعدَ مَماتِه[(٣)] بالخَير[(٤)]، وعِلمٌ علَّمه النّاسَ يَنتفِعون به، وصَدَقةٌ جارِيةٌ»[(٥)].

وتَنفيذُ الوَصِيّةِ من أَحكام الدُّنيا، وهو ليس من الثَّلاث، فيَبطُلُ، ووَجَب الاستِئنافُ، كأنه لم يُوجَد الخُروجُ.

وأصلُ الاختِلافِ: فيمن خَرَج حاجًّا بنَفسه، فمات في الطَّريق، وأَوصى بأن يَحُجَّ عنه، فعندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَحُجُّ عنه من وَطَنه، وعندَهما: من حيث مات الْمُوصِي.

أَهَلَّ بحجٍّ عن أبوَيه، فعَيَّن: صحَّ.

ومن أَهَلَّ بحجٍّ عن أبَويه له أن يَجعلَه عن أحَدهما بعَينه؛ لأنه مُتبرِّعٌ، فكان ذلك أمرًا بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، فالتَّعيينُ في الانتِهاء كالتَّعيين في الابتِداء، بخِلاف الْمَأمورِ؛

=المعتمر إلى يوم القيامة، ومن خرج غازيًا في سبيل الله فمات كتب له أجر الغازي إلى يوم القيامة». انتهى، وأخرجه الإمام أبو حفص عمر بن شاهين في كتاب «الترغيب» له عن أبي معاوية عن هلال بن أبي ميمونة الفلسطيني عن عطاء به، وأخرجه البيهقي في «شعب الإيمان» عن محمد بن إسحاق بسند أبي يعلى والطبراني سواء.

(١) في (هـ): ابن.

(٢) في (هـ): ثلاث.

(٣) قوله: (بعد مماته) مثبت من (هـ).

(٤) سقطت من (و).

(٥) رواه مسلم (١٦٣١) بلفظ: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

لما مرّ.

صَرورةٌ[1] حجَّ نفلًا، أو لأحدٍ: صحّ[ف].

صَرورةٌ[2] حجَّ نفلًا أو عن أحدٍ: صحَّ عما نَوى.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَقَعُ عن الفَرض؛ لأن هذه عِبادةٌ لا تُؤدّى إلا بمَشقّةٍ عَظيمةٍ، فمتى تَحمَّلها قاصِدًا ما ليس عليه كان سفهًا، فيُحجَرُ[3] عنه، وبَطَل قصدُه ذلك، فبَقِي مُطلَقُ العَزيمةِ، وهو يَتأدّى بمُطلَق النِّيّةِ.

ولنا: أن وقتَ الحجِّ العُمُرُ، وفيه اتِّساعٌ، فلا يَتأدّى الفرضُ بنِيّة النَّفلِ ونيّةِ فرضٍ آخرَ، كوَقت الصَّلاةِ، بخِلاف الصَّومِ.

وبنِيّة النَّفلِ أعرَض عن الفَرض، فأنّى يَكونُ له الفرضُ؟!

وما أعرَض عنه بإطلاق النِّيّةِ، بل يَحتمِلُه وغيرَه، وتَعيَّن الفرضُ بدَلالة حالِه؛ إذ الظّاهرُ أنه لا يَتحمَّلُ الْمَشاقَّ الشَّديدةَ والْمَتاعِبَ الصَّعبةَ.. إلا لإِسقاط الفرضِ عن ذِمّته.

كمن أطلَقَ الثَّمَنَ في البَيع كان على غالِب نقدِ البلَدِ؛ لدَلالة حالِه، وهو تَيسُّرُ إصابتِه.

أُمِر بحجٍّ، فقَرَن: ضَمِن[س م].

أُمِر بحجٍّ أو عُمرةٍ فقَرَن: فهو مُخالِفٌ ضامِنٌ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: يَجوزُ عن الآمِر.

---

(١) الصَّرورة بالفتح: الذي لم يحج. «المصباح» ١/ ٣٣٨.

(٢) في (و): صيرورة.

(٣) في (د): فيحج.

وهذا الخِلافُ فيما إذا قَرَن عن الآمِر، أما لو نَوى بأحَدهما عن شخصٍ آخرَ، أو عن نَفسه: فهو مُخالِفٌ بلا خِلافٍ، ذَكَره في «الْمُحيط».

لهما: أنه أتَى بالْمَأمور به، وزاد عليه ما يُجانِسُه، وهو خيرٌ منه؛ إذ القِرانُ أفضلُ من الإِفراد، فلا يَصيرُ به مُخالِفًا، كالوَكيل بالبَيع إذا باع بأكثرَ مما سُمِّي له من جِنسه.

وله: أنه مَأمورٌ بإِنفاق المالِ في سفَرٍ مُجرَّدٍ للحجّ، وسفَرُه هنا وَقَع للحجِّ والعُمرةِ، فكان مُخالِفًا، كما لو تَمتَّع.

ولأن العُمرةَ التي زادَها لا تَقَعُ للآمِر[1]؛ لأنه لم يَأمُره به، ولا وِلايةَ له عليه في أَداء النُّسُكِ عنه إلا بقَدْر ما أمَره.

وإذا لم تَقَع عُمرتُه عن الميْت صار كأنه نَوى العُمرةَ لنَفسه، وهناك يَصيرُ مُخالِفًا، كذا هنا، واللهُ أعلمُ.

---

(١) في (و): للآخر.

باب الهدي

الهَدْيُ: إبلٌ، وبقَرٌ، وغنَمٌ.

هو من الإبِل والبقَرِ والغنَمِ.

لأن الهَدْيَ ما يُهدى إلى مَكّةَ للتَّقرُّب، والأنواعُ الثَّلاثةُ تَشترِكُ في هذا الْمَعنى؛ لأنه يُتقرَّبُ بإراقة دِمائِها، واسمُ الهَدْيِ مُطلَقًا يَتناوَلُها.

وأَدناه شاةٌ؛ لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل عن الهَدْي فقال: «أَدناه شاةٌ»[1].

وهو يَجوزُ في كلِّ شيءٍ، إلا إذا طاف للرُّكن جُنُبًا، أو جامَع بعدَ الوُقوفِ.

والشّاةُ تَجوزُ في[2] كلِّ شيءٍ، إلا إذا طاف للزِّيارة جُنُبًا، أو جامَع بعدَ الوُقوفِ بعَرَفةَ، فإن الواجِبَ فيهما البَدَنةُ؛ لما مرّ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٦٠: غريب، ولم أجده إلا من قول عطاء، ورواه البيهقي في «المعرفة» من طريق الشافعي أنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء قال: أدنى ما يهراق من الدماء في الحج وغيره شاة. مختصر. واستشهد له شيخنا علاء الدين مقلدًا لغيره بحديث أخرجه البخاري (١٦٨٨) عن أبي جمرة نصر بن عمران الضبعي قال: سألت ابن عباس عن المتعة فأمرني بها، وسألته عن الهدي فقال: فيها جزور أو بقرة أو شاة أو شِرَك في دم، قال: وكأن ناسًا كرهوها، فنمت، فرأيت في المنام كأن إنسانًا ينادي: حج مبرور وعمرة متقبلة، فأتيت ابن عباس فحدثته، فقال: الله أكبر، سنة أبي القاسم. انتهى. وأخرجه مسلم (١٢٤٢)، لكنه لم يذكر فيه قصة الهدي، وهو بعيد عن حديث الكتاب.

(٢) في (د): عن.

وصحَّ فيه ما في الضَّحايا فقط.

ولا يَجوزُ في الهَدايا إلا ما جاز في الضَّحايا، أي يُشترَطُ فيها ما يُشترَطُ في الضَّحايا من السَّلامة عن العُيوب التي تَمنَعُ الجَوازَ، كالعَوَر والعرَجِ وغيرِهما؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما قُربةٌ تَعلَّقت بإِراقة الدَّمِ، فيَتخصَّصان بمحَلٍّ واحِدٍ.

وأكَل من هَدْي تَطوُّعٍ، ومُتعةٍ، وقِرانٍ، فقط.

ويُستحَبُّ أن يَأكُلَ من هَدْي التَّطوُّعِ والْمُتعةِ والقِرانِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُواْ مِنْهَا﴾ [الحج: ٣٦].

وكذا يُستحَبُّ له أن يَتصدَّقَ منه.

ولا يَنبَغي أن يَتصدَّقَ بأقلَّ من الثُّلُث، كذا رُوِي عن ابن مَسعودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[(١)].

ولا يَجوزُ الأكلُ من دِماء الكفّاراتِ، والنُّذورِ، وهَدْي الإحصارِ؛ لأن الواجِبَ فيها التَّصدُّقُ.

واختَصَّ الآخِران بيَوم النَّحرِ فقط[(ف)]، وكلُّه سِوى[(س)] بُدْنِ النَّذرِ: بالحَرَم، لا بفَقيره[(ف)].

ولا يَجوزُ ذبحُ هَدْي الْمُتعِة والقِرانِ إلا في يَوم النَّحرِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ ۝ ثُمَّ لْيَقْضُواْ تَفَثَهُمْ﴾ [الحج: ٢٨ - ٢٩].

وقَضاءُ التَّفَثِ يَختَصُّ بيَوم النَّحرِ، فكذا الذَّبحُ يَختَصُّ به؛ ليَكونَ الكَلامُ مَسرودًا[(٢)] على نسَقٍ واحِدٍ.

---

(١) روى الطبراني (٩٧٠٢) والبيهقي (١٠٢٣٨) عن علقمة قال: بعث معي عبد الله بن مسعود بهدي تطوعًا، فقال لي: كل أنت وأصحابك ثلثًا، وتصدق بثلث، وابعث إلى أهل أخي عتبة ثلثًا.

(٢) في (ب): مشروحًا، وفي (و): مردودًا.

ويَجوزُ ذبحُ دمُ التَّطوُّعِ قبلَ يومِ النَّحرِ في الصَّحيح؛ لأن القُربةَ في التَّطوُّع باعتِبار أنه هَدْيٌ، وذا يَتحقَّقُ بالبُلوغ إلى الحَرَم، فمتى وُجِد ذلك جاز ذبحُها؛ لتَحقُّق القُربةِ، وإن وُجِد في غَير يوم النَّحرِ.

وذبحُه يَومَ النَّحرِ أفضلُ؛ لأنه يومُ إراقةِ الدِّماءِ، فكان مَعنى القُربةِ فيه أظهرَ.

وتُذبَح بَقِيَّةُ الهَدايا أيَّ وقتٍ شاء.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ إلا في يَوم النَّحرِ، كدَم الْمُتعةِ والقِرانِ؛ إذ الكلُّ دمُ جبرٍ عندَه.

ولنا: أن هذه دِماءُ كفّارةٍ، فلا تَختَصُّ بيَوم النَّحرِ؛ لأن وُجوبَها لجَبر النُّقصانِ، فيُستحَبُّ فيها الْمُسارَعةُ ليَرتفِعَ النُّقصانُ به بلا تَأخيرٍ.

بخِلاف دمِ الْمُتعةِ والقِرانِ؛ لأنها دمُ نُسُكٍ وَجَبت شُكرًا لِمَا وَفَّقه اللهُ تَعالى من الجَمع بينَ النُّسُكَين(١).

وتَختَصُّ الهَدايا سِوى بُدْنِ النَّذرِ(٢) بالحَرَم، حتى لا تَجوزُ إلا فيه؛ لقَوله تَعالى: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]، ذَكَره في جَزاء الصَّيدِ، فصار أصلًا في كلِّ دمٍ هي كفّارةٌ.

ولأن(٣) الهَدْيَ اسمٌ لما يُهدى إلى مَكانٍ، ولا مَكانَ وَرَد الشَّرعُ بالنَّقل إليه إلا الحرَمَ، قال اللهُ تَعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٣]، وقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مِنَى كلُّها مَنحَرٌ، وفِجاجُ مَكّةَ كلُّها مَنحَرٌ»(٤).

---

(١) في (ب): العبادتين.

(٢) في (ز): النحر.

(٣) في (ب) و(ز): لأن.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٦٣: روي من حديث جابر، ومن حديث أبي هريرة. =

ولو قال: (لله عليَّ بَدَنةٌ) له أن يَنحَرَها حيث شاء، إن لم يَنوِ أن يَنحَرَها بمَكّةَ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنحرُها إلا بمَكّةَ؛ لأنه التزَم التَّقرُّبَ بإراقة الدَّمِ، فيَختَصُّ بزمانٍ أو مَكانٍ، ولا اختِصاصَ له بالزَّمان، فاختَصَّ بالْمَكان ضَرورةً.

ولهما: أنها لا تَختَصُّ بالزَّمان، فكذا لا تَختَصُّ بالْمَكان؛ لأنه ليس في لَفظه ما يَختَصُّ بهما، بخِلاف الهَدْيِ.

ويَتصدَّقُ بها على فَقير[1] الحرَمِ وغيرِه، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الصَّدَقةَ قُربةٌ مَعقولةٌ؛ لأنها لسدِّ خَلّةِ الْمُحتاجِ، فلا يَختَصُّ به فَقيرٌ دونَ فَقيرٍ.

ولا تَعريفَ[2] به.

= فحديث جابر: أخرجه أبو داود (١٩٣٧)، وابن ماجه (٣٠٤٨) عن أسامة بن زيد الليثي عن عطاء بن أبي رباح عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كل عرفة موقف، وكل منى منحر، وكل المزدلفة موقف، وكل فجاج مكة طريق ومنحر». انتهى بلفظ أبي داود، ومثله لفظ ابن ماجه، إلا أن فيه تقديمًا وتأخيرًا، ولاختلاف لفظهما فرقهما ابن عساكر في موضعين من ترجمة عطاء عن جابر في «أطرافه»، فجعلهما حديثين، وليس بجيد، والصواب ما فعله شيخنا أبو الحجاج المزي في «أطرافه» فإنه ذكره في ترجمة واحدة، والشيخ زكي الدين المنذري قلد ابن عساكر، فلم يعزه في «مختصر السنن» لابن ماجه، والله أعلم.

واعلم أن بعض الحديث في مسلم (١٢١٨) أخرجه عن جابر: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «نحرت ههنا، ومنى كلها منحر، فانحروا في رحالكم».

وأما حديث أبي هريرة: فأخرجه أبو داود (٢٣٢٤) عن محمد بن المنكدر عن أبي هريرة: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «فطركم يوم تفطرون، وأضحاكم يوم تضحون، وكل عرفة موقف، وكل منى منحر، وكل فجاج مكة منحر، وكل جمع موقف».

(١) في (ز): فقراء.

(٢) التعريف بالهدي: إخراجه إلى عرفات. «الطلبة» ص٣٦.

ولا يَجِبُ التَّعريفُ بالهَدايا، وهو: أن يَذهَبَ بها إلى عَرَفاتٍ مع نفسِه؛ لأن الواجِبَ الهَدْيُ، وهو لا يُنبِئُ عن التَّعريف، وإنما يُنبِئُ عن النَّقل إلى مَكانٍ لِيُتقرَّبَ بإِراقة دمِه فيه، وهو الحرَمُ، فلا يَجِبُ التَّعريفُ.

وتَعريفُ هَدْيِ الْمُتعةِ حسَنٌ؛ لتَوقُّته بيَوم النَّحرِ، فربما لا يَجِدُ من يَحفَظُه، فاحتِيج إلى تَعريفه، ولأنه دمُ نُسُكٍ، فبُنِي[1] على الإِعلان؛ تَحقيقًا لِمَعنى الشّعائرِ.

بخِلاف دمِ الكفّارةِ؛ لجَواز ذبحِها قبلَ يومِ النَّحرِ.

وسبَبُها: الجِنايةُ، فاللّائقُ بها الإخفاءُ؛ تَقليلًا للفاحِشة.

والأفضلُ في البُدْن النَّحرُ، وفي البَقَر والغنَمِ الذَّبحُ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢]، قِيل: انحَر الجزورَ[2].

وقال تَعالى: ﴿أَن تَذْبَحُواْ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، وقال تَعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧]، وهو ما أُعِدَّ للذَّبح، وهو الكبش.

وتُنحَرُ الإبِلُ في الهَدايا قِيامًا، وله أن يُضجِعَها، ونحرُها قِيامًا أفضلُ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾ [الحج: ٣٦]: أي سَقَطت، والسُّقوطُ يَكونُ عن القِيام.

ولأنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَحر الهَدايا قِيامًا[3].

---

(١) في (هـ): فيبنى، وفي (و): فينبئ.

(٢) انظر «تفسير الطبري» ٢٤/ ٦٩٢.

(٣) روى البخاري (١٥٥١) عن أنس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، قال: صلى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ونحن معه بالمدينة الظهر أربعًا، والعصر بذي الحليفة ركعتين، ثم بات بها حتى أصبح، ثم ركب حتى استوت به على البيداء، حمد الله وسبح وكبر، ثم أهل بحج وعمرة، وأهل الناس بهما، فلما قدمنا أمر الناس فحلوا، حتى كان يوم التروية أهلوا بالحج، قال: ونحر النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بدنات بيده قيامًا، وذبح رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالمدينة كبشين أملحين.
=

ولا يُذبحُ البقرُ والغنمُ قِيامًا؛ لأنه مَندوبٌ في كلِّ نوعٍ أن يَذبحَه على وجهٍ يكونُ أيسرَ على الْمَذبوح، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا ذَبحتُم فأحسِنوا الذِّبحةَ»[1].

والْمَذبَحُ[2] في حالة الاضطِجاعِ أظهرُ، فكان الذَّبحُ أيسرَ.

والأَولى أن يَتولّى ذبحَها بنَفسه إن كان يُحسِنُ الذَّبحَ؛ لأن الأَولى في القُرُبات أن يَتولّى بنَفسه؛ إظهارًا للخُضوع والضَّراعةِ، إلا أنه قد لا يَهتَدي إليه، فيَكونُ فيه تعذيبُ الحيَوانِ، فأطلَقْنا تَولِيتَه غيرَه.

وتَصدَّق بجُلِّه[3] وخِطامِه[4]، ولم يُعطِ أُجرةَ الجَزّارِ[5] منه.

ويَتصدَّقُ بجِلالها وخِطامِها، ولا يُعطي أُجرةَ الجزّارِ منها؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «تَصدَّق بجِلالها وخُطُمِها[6]، ولا تُعطِ الجَزّارَ[7] منها شيئًا»[8].

= وروى مسلم (١٣٢٠) عن زياد بن جبير: أن ابن عمر أتى على رجل وهو ينحر بدنته باركةً، فقال: ابعثها قيامًا مقيدةً، سنة نبيكم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(١) رواه مسلم (١٩٥٥)، والترمذي (١٤٠٩).

(٢) في (ز): والذبح.

(٣) جُلُّ الدابة: كثوب الإنسان يلبسه، يقيه البرد، والجمع جِلال وأجلال. «المصباح» ١/ ١٠٥.

(٤) الخطام: حبل يجعل في عنق البعير، ويثنى في خَطمه أي أنفه. «المغرب» ص١٤٩.

(٥) جَزَرتُ الْجَزورَ وغيرَها: من باب قتل: نحرتها، والفاعل جَزّار، والحرفة الجِزارة بالكسر، والْمَجزَر: موضع الجَزر، مثل جعفر، وربما دخلته الهاء فقيل: مجزرة. «المصباح» ١/ ٩٨.

(٦) في (هـ): وخطامها.

(٧) في (هـ): ولا تعط أجرة الجزار.

(٨) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٦٥: رواه الجماعة إلا الترمذي (البخاري ١٧١٧ ومسلم ١٣١٧) من حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي قال: أمرني رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن أقوم على بُدْنه، =

ولا يَركَبُه(ف) بلا ضَرورةٍ، ولا يَحلُبُه، ونَضَح[1] ضَرْعَه[2] بالنُّقاخ[3].

وإن ساق بَدَنةً، فاضطُرَّ إلى رُكوبها: رَكِبها، وإن استَغنى عنه[4] لم يَركَبها؛ لأنه جَعَلها لله تَعالى خالِصةً، فلا يَنبَغي له أن يَصرِفَ شيئًا من عَينها أو مَنافِعِها إلى نَفسه قبلَ أن تَبلُغَ محِلَّها، إلا أن يَحتاجَ إلى رُكوبها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: له أن يَركَبَها بلا ضَرورةٍ؛ لأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَأى رَجُلًا يَسوقُ بَدَنةً فقال: «اركَبها»، فقال: إنها بَدَنةٌ يا رَسولَ اللهِ! فقال: «اركَبها، ويلَكَ!»[5]، ألحَق به الوَعيدَ لاعتِقاده أن البَدَنةَ لا تُركَبُ.

قُلنا: إنما أمَره بذلك؛ لأنه رَآه عاجِزًا عن الْمَشي مُحتاجًا إلى رُكوبها.

فإذا رَكِبها وانتَقَص برُكوبه شيءٌ: ضَمِن ما نَقَص منه؛ لأنه صَرَف جُزءًا منها

= وأقسم جلودها وجلالها، وأمرني أن لا أعطي الجزار منها شيئًا، قال: نحن نعطيه من عندنا. انتهى. وفي لفظ: وأن أتصدق بجلودها وجلالها، وفي لفظ: إن نبي الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمره أن يقوم على بُدْنه، وأمره أن يقسم بُدْنه كلها، لحومها وجلالها وجلودها في المساكين، ولا يعطي في جزارتها منها شيئًا. انتهى، ولم يقل البخاري فيه: نحن نعطيه من عندنا، وقال فيه: أهدى النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ مائة بدنة، فأمرني بلحومها فقسمتها، ثم أمرني بجلالها فقسمتها، ثم بجلودها فقسمتها. انتهى. قال السرقسطي في «غريبه»: جزارتها: بضم الجيم وكسرها، فبالكسر المصدر، وبالضم اسم لليدين والرجلين والعنق، سمي به لأن الجزارين كانوا يأخذونها في أجرهم. انتهى.

(١) نضحت الثوب نضحًا من باب ضرب ونفع، وهو البل بالماء والرش. «المصباح» ٢/ ٦٠٩.

(٢) الضَّرع لذات الظِّلف: كالثدي للمرأة، والجمع ضروع، مثل فَلس وفُلوس. «المصباح» ٢/ ٣٦١.

(٣) النُّقاخ بالضم: الماء العذب الذي يَنقَخُ الفؤاد ببرده، قلت: معناه ينقُفُه، أي يكسره. «المختار» ص١٤٣.

(٤) في (هـ): عنها.

(٥) رواه البخاري (٦١٥٩)، ومسلم (١٣٢٢).

إلى حاجَته.

ولا يَحلِبُ لبنَها؛ لأن اللَّبَنَ مُتولِّدٌ منها، فلا يَصرِفُها إلى حاجة نفسِه.

ولكن يَنبَغي أن يَنضَحَ ضَرْعَها بالماء البارِدِ؛ حتى يَتقلَّصَ لبنُها.

وهذا إذا كان قَريبًا من وَقت الذَّبحِ، فأما إذا كان بَعيدًا منه، ويُضِرُّ ذلك بالبَدَنة: يَحلُبُها، ويَتصدَّقُ بلَبَنها.

فإن صَرَف إلى حاجة نفسِه تَصدَّق بمِثله أو بقِيمته.

أما الْمِثلُ: فلأنه من ذَوات الأمثالِ، وأما القِيمةُ: فلأن دفْعَ القِيَمِ في حُقوق اللهِ تَعالى جائزٌ.

فإن عَطِب[1] واجِبًا، أو تَعيَّب: أَقام غيرَه مُقامَه، والْمَعيبُ له، وفي التَّطوُّع لا شيءَ.

ومَن ساق هَدْيًا، فعَطِب.. فإن كان تَطوُّعًا: فليس عليه غيرُه؛ لأن القُربةَ تعلَّقت بمحَلٍّ مُعيَّنٍ، وقد فات ذلك المحَلُّ، فيَسقُطُ بهلاكه.

كما لو نَذَر أن يَتصدَّقَ بعَينٍ، فهَلَك[2]: سَقَط عنه التَّصدُّقُ.

وإن كان واجِبًا: أقامَ غيرَه مُقامَه؛ لأن الواجِبَ كان في الذِّمّة لا في العَين، فيَجِبُ عليه إسقاطُ ما في ذِمّته، وما لم تَحصُل القُربةُ بالذَّبح لا يَسقُطُ ما في ذِمّته.

وإن أصابَه عَيبٌ كَثيرٌ يُقيمُ غيرَه مُقامَه؛ لأن الواجِبَ لا يَتأدّى بالْمَعيب، فلا بُدَّ

---

(١) أي قرُب إلى العطب وإنما فسرناه؛ لأن النحر بعد حقيقة العطب لا يُتصور. «مجمع الأنهر» ١/ ٣١١.

قال في «المشارق» ٢/ ٨١: عَطَبُ الهدي: هلاكُه، وقد يعبر به عن آفة تعتريه يُخاف عليه منها الهلاك، فينحر؛ لأن ذلك مفضٍ إلى الهلاك.

(٢) في (هـ): فهلكت.

من غَيره.

وصَنَع بالْمَعيب ما شاء؛ لأن الواجِبَ سَقَط عنه بالكامِل، وقد عَيَّنه لجِهةٍ انقَطَعت، فالتَحق بسائِر أملاكِه.

وصَبَغ نعلَه بدَمه، وضَرَب به صَفْحتَه[1].

وإذا عَطِبت البَدَنةُ في الطَّريق، أي دَنَت إلى العَطَب.. فإن كانَت تَطوُّعًا: نَحَرها، وصَبَغ نعلَها بدَمها، وضَرَب بها[2] صَفحةَ سَنامِها.

ولم يَأكُل غَنِيٌّ.

ولم يَأكُل هو منه[3] شيئًا، ولا غيرُه من الأغنِياء، بل يَتصدَّقُ به، وذلك أفضلُ من أن يَترُكَه جَزَرًا للسِّباع.

والأصلُ فيه: ما رُوِي أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ بَعَث الهَدايا على يَدَي ناجِيةَ الأسلَميِّ، وأمَره أن يَسلُكَ بها الفِجاجَ والأودِيَةَ، حتى يَخرُجَ بها إلى مِنَى فيَنحَرَها، فقال: ماذا أصنَعُ بما أُبدِع منها؟ فقال: «انحَرها، واصبُغ نعلَها بدَمها -والْمُرادُ بالنَّعل: قِلادتُها؛ لأنها تَكونُ من النَّعل ظاهِرًا- واضرِب بها صَفحةَ سَنامِها، ثم خَلِّ بينَها وبينَ النّاسِ، ولا تَأكُل أنت ولا أحدٌ من رُفقتك منها شيئًا»[4].

---

(١) الصَّفح -بالفتح- من كل شيء جانبه، والصفحة بالهاء مثله. «المصباح» ١/ ٣٤٢.

(٢) في (ز): به، وفي الحاشية: بها. أصل.

(٣) في (هـ): منها.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٦١: حديث ناجية ليس فيه قوله: «لا تأكل أنت ولا رفقتك منها شيئًا»، كما رواه أصحاب السنن الأربعة (أبو داود ١٧٦٢ والترمذي ٩١٠ والنسائي في «الكبرى» ٤١٢٣ وابن ماجه ٣١٠٦) من حديثه: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ بعث معه بهدي، قال: «إن عطب فانحره، =

ومُرادُه بما ذُكِر: أن يَجعَلَ عليها عَلامةً يُعلَمُ بتلك العَلامةِ أنها هَدْيٌ، فيَتناوَلُ منها الفُقَراءُ دونَ الأغنِياءِ.

وإنما نَهاه أن يَتناوَلَ منها: لأنه كان غَنِيًّا مع رُفقتِه.

ولأن الهَدْيَ إنما يُتناوَلُ بإذن مَن له الحقُّ، والإذنُ مُعلَّقٌ بشَرط بُلوغِه محِلَّه، فإذا لم يَبلُغ محِلَّه لا يُباحُ له أن يَتناوَلَ منه، ولا أن يُطعِمَ غَنِيًّا، بل يَتصدَّقُ به على الفُقَراء؛ لأنه قَصَد به التَّقرُّبَ إلى الله تَعالى.

فإذا فات مَعنى التَّقرُّبِ بإراقة الدَّمِ تَعيَّن التَّقرُّبُ بالتَّصدُّق على الفُقَراء.

=ثم اصبغ نعله في دمه، ثم خل بينه وبين الناس». انتهى، قال الترمذي: حديث حسن صحيح... ثم وجدته في «المغازي» للواقدي (٢/ ٧٣١)، ذكره في أول غزوة الحديبية فقال: حدثنا عبد الحميد بن جعفر وعاصم بن عمر ومحمد بن يحيى بن وائل بن أبي خيثمة، وحدثني جماعة آخرون، فقال: وكل قد حدثني بطائفة من هذا الحديث: أن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ لما أراد الخروج، فذكر القضية، وفيها أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ استعمل على هديه ناجية بن جندب الأسلمي، وأمره أن يتقدمه بها، قال: وكانت سبعين بدنة، فذكره بطوله، وقال بعد ذلك بنحو ورقة، وقال ناجية الأسلمي: عطب معي بعير من الهدي، فجئت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالأبواء، فأخبرته، فقال: «انحرها، واصبغ قلائدها في دمها، ولا تأكل أنت ولا أحد من أهل رفقتك منها شيئًا، وخل بينها وبين الناس». مختصر. وروى في آخر الكتاب (٢/ ٥٧٨): حدثني الهيثم بن واقد عن عطاء بن أبي مروان عن أبيه عن ناجية بن جندب قال: كنت على هدي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حجته، فقلت: يا رسول الله! أرأيت ما عطب منها كيف أصنع به؟ قال: «انحره، وألق قلائده في دمه، لا تأكل انت»... إلى آخره في أحاديث أخرى.

منها: حديث ذؤيب أبي قبيصة، أخرجه مسلم (١٣٢٦) وابن ماجه (٣١٠٥) عن قتادة عن سنان بن سلمة عن ابن عباس: أن ذؤيبًا الخزاعي أبا قبيصة حدثه: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يبعث بالبدن معه، ثم يقول: «إن عطب منها شيءٌ فخشيت عليه موتًا فانحرها، ثم اغمس نعلها في دمها، ثم اضرب به صفحتها، ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك»... الخ.

وإن كانَت واجِبةً أَقام غيرَها مُقامَها، وصَنَع بها ما شاء؛ لأنه قَصَد بها إسقاطَ الواجِبِ عن ذِمّته.

فإذا خَرَجت من أن تَكونَ صالِحةً لإسقاط الواجِبِ بها.. بَقِي الواجِبُ في ذِمّته كما كان، وذلك مِلكُه، فيَصنَعُ به ما شاء.

وقُلِّد هَدْيُ تَطوُّعٍ، ومُتعةٍ، وقِرانٍ، فَقَط.

ويُقلَّدُ هَدْيُ التَّطوُّعِ والْمُتعةِ والقِرانِ؛ لأنه دمُ نُسُكٍ، وفي التَّقليد تَشهيرُه، فحَسُن ذلك؛ لأن إظهارَ الطّاعاتِ للاقتِداء بها حسَنٌ، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَٰتِ فَنِعِمَّا هِيَ﴾ [البَقَرة: ٢٧١].

ولا يُقلَّدُ دمُ الإحصارِ ودمُ الجِناياتِ؛ لأن سببَها الجِنايةُ، فيَليقُ به السَّترُ، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أَصاب من هذه القاذُوراتِ شيئًا فلْيَستَتِر بسَتر اللهِ تَعالى»[(١)].

ودمُ الإحصارِ جابرٌ، فأُلحِق بدَم الجِناياتِ.

وهذا لأن الأصلَ في الإحصار هو العَدُوُّ[(٢)]، وأنه ليس من قِبَل مَن له الحقُّ، فأُلحِق بالعَدَم؛ لِما عُرِف في الْمُقيَّد، فكأنه تَحلَّل عن الإحرام بالهَدْي بلا عُذرٍ، فكان جانِيًا.

والْمُرادُ بالهَدْي: البَدَنةُ؛ لأن تَقليدَ الشّاةِ غيرُ مَسنونٍ؛ لما مرّ، واللهُ أعلمُ.

(١) رواه الإمام مالك في «الموطأ» ٢/ ٨٢٥.

(٢) في (أ) و(ج) و(هـ): لأن الأصل هو الإحصار بالعدو.

مَسَائِلُ مُتَفرِّقَةٌ

شَهِدوا بوُقوفهم قبلَ يومِه: تُقبَلُ، لا بعدَه.

أهلُ عَرفةَ وَقَفوا في يومٍ، فشَهِد قومٌ أنهم وَقفوا في يوم النَّحرِ: جاز وُقوفُهم.

والقِياسُ: ألا يَجوزَ، كما إذا وَقفوا يومَ التَّرويةِ.

وهذا لأنه عِبادةٌ عُرِفت في زَمانٍ مَخصوصٍ ومَكانٍ مَخصوصٍ، فإذا وَقفوا في غَير ذلك الْمَكانِ لا يَجوزُ، فكذا إذا وَقفوا في غَير ذلك الزَّمانِ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن هذه الشَّهادةَ غيرُ مَقبولةٍ؛ لأنها قامَت على النَّفي، وعلى أمرٍ لا يَدخُلُ تحتَ الحُكمِ؛ لأن غرَضَهم نفيُ حجِّهم.

والحجُّ لا يَدخُلُ تحتَ الحُكمِ؛ لأن ما[1] يَدخُلُ تحتَ الحُكمِ هو الذي يُجبِرُ الحاكِمُ الْمَحكومَ عليه به، والحجُّ عِبادةٌ، والعِباداتُ لا يُجبرُ عليها، ولا[2] تَدخُلُ تحتَ الحُكمِ.

ولأن الاحتِرازَ عن الخَطأ مُتعذِّرٌ، والتَّدارُكَ غيرُ مُمكِنٌ، وفي الأَمر بالإعادة حرَجٌ بيِّنٌ، فوَجَب أن يُكتفى به عندَ الاشتِباهِ؛ صِيانةً لجَمع[3] الْمُسلِمين.

بخِلاف ما إذا وَقفوا يومَ التَّرويةِ؛ لأن التَّدارُكَ مُمكِنٌ في الجُملة، بأن عُلِم في

(١) في (ز): ما لا.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): فلا.

(٣) في (ج) و(هـ): لحج.

يَوم عَرَفةَ.

ولأن أداءَ العِبادةِ قبلَ وقتِها لا يَصِحُّ أصلًا، وأداؤُها بعدَ الوقتِ يَصِحُّ في الجُملة، فألحَقنا الوُقوفَ بذلك تَرفيهًا على النّاس.

قال شمسُ الأئِمّةِ الحَلْوانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَنبَغي للقاضِي أن لا يَسمَعَ هذه الشَّهادةَ، ويَقولَ: قد تمَّ حجُّ النّاسِ، ولا رِفقَ في شَهادتكم لهم، بل فيه تَهييجٌ للفِتنة، والفِتنةُ نائِمةٌ، لَعَنَ اللهُ من أيقَظَها.

وصورةُ هذه الشَّهادةِ: أن يَشهَدوا أنهم رَأَوا هِلالَ ذِي الحِجّةِ في لَيلةٍ كان اليومُ الذي وَقَفوا فيه اليومَ العاشِرَ من ذِي الحِجّةِ.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الغَلَط في العِيد: أنهم إذا صَلَّوا العيدَ، فظَهَر أنهم فَعَلوا ذلك بعدَ الزَّوالِ: لا يَخرُجون من الغَد في العِيدَين؛ لأنه في الفِطر فات الوقتُ، وفي الأَضحى فاتَت السُّنّةُ.

وعنه: أنهم يَخرُجون فيهما.

وعنه: أنهم يَخرُجون في الأَضحى دونَ الفِطرِ.

وإذا لم يَخرُجوا فالصَّحيح أن ذلك يُجزِيهم؛ للعُذر.

وإن شَهِدوا عَشِيّةَ عَرَفةَ برُؤية الهِلالِ، ولا يُمكِنُه[1] الوُقوفُ في بَقِيّة اللَّيلِ مع النّاسِ أو أكثَرِهم: لا تُقبَلُ هذه الشَّهادةِ.

تَرَكَ الجَمرةَ الأُولى في اليَوم الثّاني: رَمى الكلَّ، وإن رَمى الأُولى صحّ(ف).

رَجُلٌ رَمى في اليَوم الثّاني الجَمرةَ الوُسطى والثّالثةَ، ولم يَرمِ الأُولى.. فإن رَمى

(١) في (ز): ولا يمكن.

الأُولى ثم الباقِيتَين: فحسَنٌ؛ رِعايةً للتَّرتيب الْمَسنونِ، وإن رَمى الأُولى وحدَها: جاز، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ ما لم يُعِد الكلَّ؛ لأنه شُرِع مُرتَّبًا بفِعله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[1]، وفِعلُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ بيانٌ لِمُجمَل الكِتابِ[2].

فإذا تَركَ التَّرتيبَ بَطَل، كما إذا سَعى قبلَ الطَّوافِ، أو طاف قبلَ الوُقوفِ، أو بَدأ بالْمَروة قبلَ الصَّفا.

ولنا: أن رميَ كلِّ جَمرةٍ قُربةٌ قائِمةٌ بنَفسها، لا تَعلُّقَ لها بغَيرها، وليس البعضُ بتابعٍ للبَعض.

ألا تَرى أن رميَ جَمرةِ العَقَبةِ قُربةٌ في اليَوم الأوَّلِ، وإن لم يكن قبلَه وبعدَه رميٌ، فلم يَجُز أن يَتعلَّقَ الجَوازُ بتَقديم البعضِ على البَعض.

بخِلاف السَّعيِ؛ لأنه تابعٌ للطَّواف، وهو دونَه، فلا يُعتبَرُ قبلَ وُجودِ الأصلِ.

والسَّعيُ بينَ الصَّفا والْمَروةِ قُربةٌ واحِدةٌ، شُرِعت بِدايتُه بالصَّفا وختمُه بالْمَروة بالنَّصّ[3]، فلم يَجُز تَغييرُه.

أوجَب حجًّا ماشِيًا: مَشى (و) حتى يَطوفَ للرُّكن.

رَجُلٌ جَعَل على نَفسه أن يَحُجَّ ماشِيًا: فإنه لا يَركَبُ حتى يَطوفَ طَوافَ الزِّيارةِ.

وفي «الأصل» خَيَّره بينَ الرُّكوبِ والمشيِ.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ» أشار إلى الوُجوب، وهو الأصلُ؛ لأنه التَزَم القُربةَ بِصِفة

---

(١) كما تقدم مرارًا.

(٢) أي آيات الحج.

(٣) روى مسلم (١٢١٨) من حديث جابر رضي الله تعالى عنه: ثم خرج من الباب إلى الصفا، فلما دنا من الصفا قرأ: «﴿إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٥٨]، أبدأ بما بدأ الله به»، فبدأ بالصفا، فرقي عليه.

الكَمالِ، فلَزِمته بذلك الوصفِ، كما إذا التَزَم الصَّومَ مُتتابِعًا.

وهذا لأن الحجَّ ماشِيًا أفضلُ؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من حجَّ ماشِيًا كُتِب[1] له بكلِّ خَطوةٍ حسَنةٌ من حَسَنات الحرَمِ»، قِيل: وما حَسَناتُ الحرَمِ؟ قال: «واحِدةٌ بسَبعِمائةٍ»[2].

والشَّرعُ رَخَّص في الرُّكوب دفعًا للحَرَج؛ لما رُوِي عن عُقبةَ بنِ عامرٍ أن أُختَه نَذَرت أن تَحُجَّ ماشِيةً، فقال له رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن اللهَ غنيٌّ عن تَعذيب أُختِك، مُرْها فلْتَركَب، ولْتَذبَح لرُكوبها شاةً»[3].

فإن قِيل: كيف يَكونُ المشيُ أفضلَ، وقد كَرِه أبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ المشيَ في طَريق الحجِّ؟

قُلنا: ما كَرِه المشيَ، وإنما كَرِه الجمعَ بينَ الصَّومِ والمشيِ؛ لأنه إذا فَعَل ذلك ساء خُلُقُه، فيُجادِلُ رُفَقاءَه، وهو مَنهيٌّ عنه[4]، فإذا لم يكن كذلك كان الحجُّ[5] ماشِيًا أفضلَ.

---

(١) في (د): كتبت.

(٢) رواه البزار (٤٧٤٥)، والحاكم (١٦٩٢)، والبيهقي (٨٦٤٦)، ولفظهم: «من حج ماشيًا كتب له بكل خطوة سبعمائة حسنة من حسنات الحرم»، قال بعضهم: وما حسنات الحرم؟ قال: «كل حسنة بمائة ألف حسنة».

ومثله عند الطبراني (١٢٦٠٦) وتفسيرها عنده: «كل حسنة بها ألف حسنة».

ورواه ابن خزيمة (٢٧٩١) وتفسيرها عنده: «بكل حسنة مائة ألف ألف حسنة».

(٣) روى الإمام أحمد (١٧٢٩١) وأبو داود (٣٢٩٨) والطبراني في «الأوسط» (١٢٠٧) واللفظ للأول: عن عبد الله بن مالك: أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية، فسأل عقبة عن ذلك النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «مرها فلتركب»، فظن أنه لم يفهم عنه، فلما خلا من كان عنده عاد فسأله، فقال: «مرها فلتركب، فإن الله عز وجل عن تعذيب أختك نفسها لغني».

(٤) في قوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧].

(٥) في (د): الجمع.

فإن قِيل: كيف يَجِبُ المشيُ ولا نَظيرَ له في الواجِبات؟

قُلنا: الْمَكِّيُّ الفَقيرُ يَجِبُ عليه المشيُ إلى عَرَفاتٍ إن قَدَر عليه، وإذا مَشى فإنما يَمشي من حينَ أحرَم إلى أن يَطوفَ للزِّيارة؛ لأن انتِهاءَ أفعالِ الحجِّ بطَواف الزِّيارةِ، وأما طَوافُ الصَّدَرِ: فللوَداع.

وإن رَكِب في الكلِّ أَراق دمًا، وكذا إن رَكِب في الأكثَر.

وإن رَكِب في الأقلِّ تَصدَّق بقَدْره.

قال الفَقيهُ أبُو جعفَرٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنما يَركَبُ إذا بَعُدت الْمَسافةُ وشقَّ المشيُ، فإذا قَرُبت، وهو ممن يَعتادُ المشيَ[1]: يَنبَغي ألّا يركَبَ.

عبدٌ أحرَم بإِذن سَيِّده لحجٍّ، أو اشتَرى(ز) مُحرِمةً، أو تَزوَّج(ز) حُرّةً أحرمت نفلًا: حَلَّل(ز ف).

عبدٌ أحرَم بإِذن سَيِّده للحجّ: له تَحليلُه بقصِّ ظُفُرٍ ونحوِه.

خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، له: أنه رَضِي به، فصحّ، ولَزِم.

ولنا: أن مَنافِعَ العبدِ مِلكُ الْمَولى، وإنما أعارَها منه بالإِذن، فله أن يَستردَّ.

اشتَرى أمةً مُحرِمةً أُذِن لها فيه: للمُشتَري تَحليلُها.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس له ذلك.

وكذا لو تَزوَّج حُرّةً أحرَمت بحجِّ النَّفلِ: للزَّوج أن يُحلِّلَها عندَنا، خِلافًا له.

له: أن إحرامَ الأمةِ صحَّ ولَزِم، إذا كان ذلك بإِذن الْمَولى، وكذا إحرامُ الحُرّةِ؛ لأنها إذا وَجَدت مَحرَمًا لها أن[2] تُحرِمَ بالنَّفل.

---

(١) في (هـ): ممن يقدر على المشي.

(٢) في (ب): أن لا.

وإذا صحَّ ولَزِم لم يكن للغَير إبطالُه؛ لأن إبطالَ العمَلِ حَرامٌ بالنَّصّ[1].

وهذا كالأَمة إذا تَزوَّجت بإِذن الْمَولى، ثم باعَها الْمَولى: لم يكن للمُشتَري إبطالُ النِّكاحِ.

ولنا: أن الإذنَ إنما يُحتاجُ إليه لبقاء الإحرامِ لا للابتِداء؛ فإنها لو أحرَمت بغَير إذنٍ صحّ، وله أن يُحلِّلَها.

والبقاءُ في مِلك الْمُشتَري والزَّوجِ، فشُرِط إذنُهما، ولم يُوجَد.

بخِلاف النِّكاحِ؛ لأن نِكاحَ الأمةِ يَحتاجُ إلى الإِذن في الابتِداء؛ فإنها لو تَزوَّجت بلا إذنٍ لم يَصِحَّ، وقد وُجِد الإذنُ ابتِداءً هنا.

وإذا كان له تَحليلُها عندَنا لا يَتمكَّنُ من ردِّها بعَيب الإحرامِ.

وعندَ زفَرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَتمكَّنُ؛ لأنه مَمنوعٌ من غَشَيانها، والأَولى أن يُحلِّلَها بغَير الجِماعِ، كقصِّ شعْرٍ، وقَلْمِ ظُفُرٍ؛ تَعظيمًا لأَمر الحجِّ، ثم يُجامِعُها.

ولو حُلِّلت، فحَجَّت عامَها: لم تَعتمِر(ز).

امرَأةٌ أحرَمت بغَير إِذن زوجِها بحجِّ النَّفلِ، فحَلَّلها، ثم أَذِن لها فحَجَّت من عامها: تَكونُ عن الحَجّة التي رفضَتْها، نَوَت القَضاءَ أَوْ لا.

وعندَ زفَرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَكونُ عن الحَجّة التي رفضَتْها إلا بنِيّة القَضاءِ؛ لأنها صارَت دَينًا في ذِمّتها، فصار كما لو تَحوَّلت السَّنَةُ.

ولنا: أنها أدَّت في وَقتها؛ إذ وقتُها قائِمٌ، فلا تَحتاجُ إلى نِيّة القَضاءِ.

فإن نَوَت القَضاءَ كانَت عن الأُولى إجماعًا.

---

(١) في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَـٰلَكُمْ﴾ [سيدنا محمد ﷺ: ٣٣].

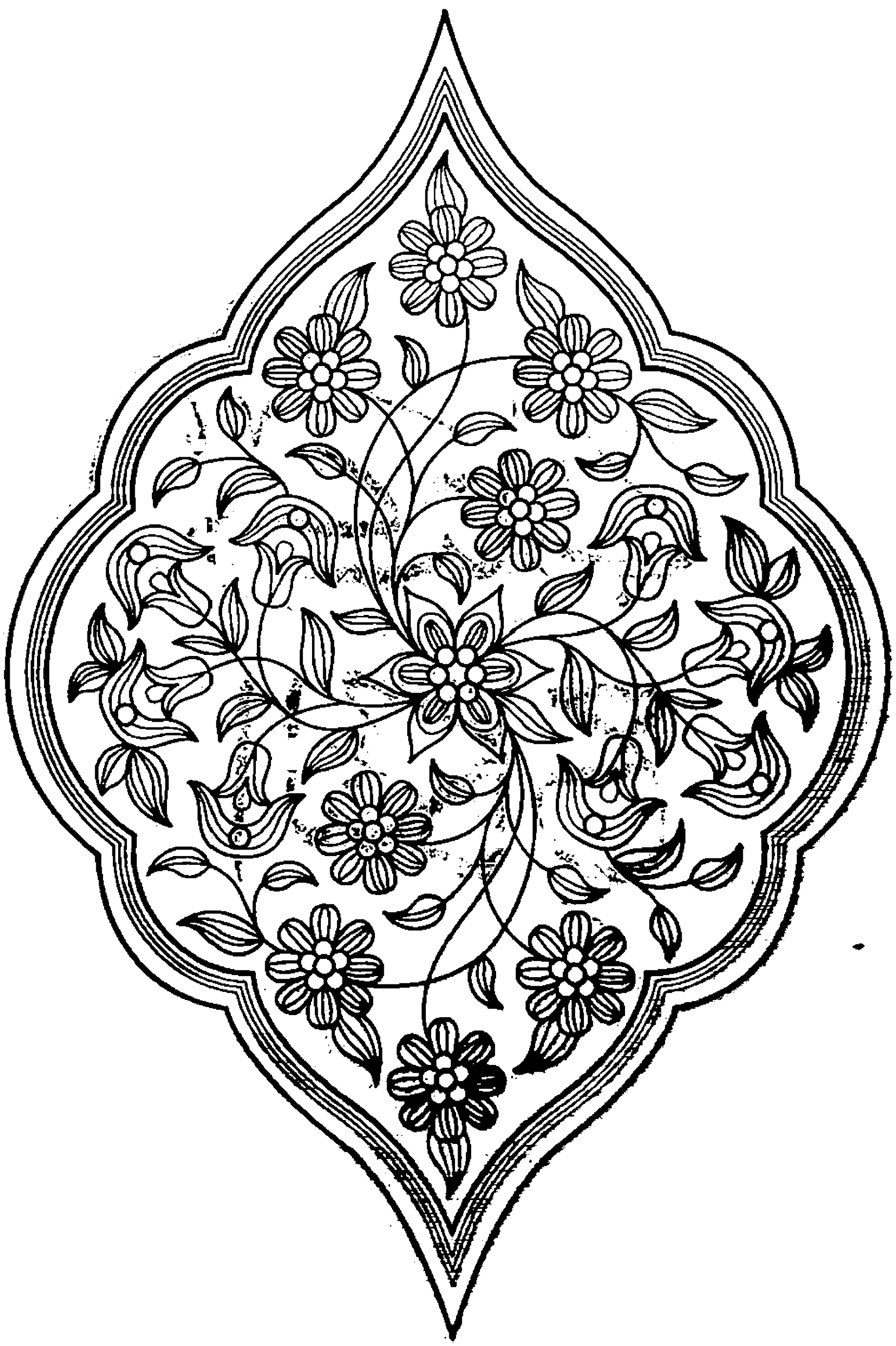
ولا تَلزَمُها العُمرةُ عندَنا، خِلافًا له.

بِناءً على أنها أداءٌ عندَنا، وعندَه: قَضاءٌ، واللهُ أعلمُ.

[illegible] ثم أذن لها فخرجت [illegible]

[illegible] الا بيته الله [illegible]

كِتَابُ النِّكَاحِ



كِتَابُ النِّكَاحِ(١)

كِتابُ النِّكاحِ

النِّكاحُ في اللُّغة: الضَّمُّ، يُقالُ: أنكَحْنا الفِرا فسنَرى.

ثم يُستعمَلُ في الوَطء؛ لوُجود الضَّمِّ فيه، والعقدِ؛ لأنه سببُه.

وهو لا يُوجَدُ إلا برُكنه من أَهله، مُضافًا إلى محَلِّه، كسائِر العُقودِ الشَّرعيَّةِ.

فالرُّكنُ هو: الإيجابُ والقَبولُ.

وأهلُه: من هو أَهل سائرِ العُقودِ.

ومحَلُّه: ما هو قابِلٌ لحُكمه.

وحُكمُه: الْمِلكُ، والحِلُّ.

والتَّوالُدُ والتَّناسُلُ من الْمَقاصِد.

---

(١) في (ج): بسم الله الرحمن الرحيم كتاب النكاح.

النِّكاحُ[1] أحبُّ من التَّخلِّي[2] للنَّفل.

وهو أفضلُ من التَّخلي لنَفل العِبادةِ، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: التَّخلِّي أفضلُ، إلا أن تَتوقَ نفسُه إلى النِّساء، ولا يَصبِرَ على التَّخلِّي؛ لأن النِّكاحَ من الْمُعامَلات، حتى صحَّ من الكافِر، والعِبادةُ أَقوى من الْمُعامَلة؛ لأن العِباداتِ شُرِعت لله تَعالى، والْمُعامَلاتُ شُرِعت لنا.

ولنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كان على دِيني ودينِ داوُدَ وسُلَيمانَ وإبراهيمَ[3].. فلْيَتزَّوج، فإن لم يَجِد إليه سَبيلًا فلْيُجاهِد في سَبيل اللهِ»[4]، فجَعَل النِّكاحَ من الدِّين،

(١) النكاح: هو في اللغة الضم والجمع، وفي الشرع: عقد يَرِد على تمليك منفعة البُضع قصدًا.

وفي القيد الأخير احتراز عن البيع ونحوه؛ لأن المقصود فيه تمليك الرقبة، وملك المنفعة داخل فيه ضمنًا. «التعريفات» ص٢٤٦.

وقال في «المطلع» ص٣٨٦: النكاح في كلام العرب: الجماع والوطء، قاله الأزهري، وقيل للتزويج نكاح: لأنه سبب الوطء، ويقال: نكح المطرُ الأرض، ونكح النعاسُ عينه، وعن الزجاج: النكاح في كلام العرب بمعنى الوطء والعقد جميعًا، وموضوع (ن ك ح) في كلامهم: للزوم الشيء للشيء راكبًا عليه.

قال ابن جني: سألت أبا علي الفارسيَّ عن قولهم: نكحها، قال: فرقت العرب فرقًا لطيفًا تَعرِف به موضعَ العقد من الوطء، فإذا قالوا: نكح فلانةَ، أو بنتَ فلان: أرادوا تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته، أو زوْجَته: لم يريدوا إلا المجامعة؛ لأن بذكر امرأته وزوجته يُستغنى عن العقد.

وقال الجوهري: النكاح: الوطء، وقد يكون العقد، ونكحتها، ونكحت هي: أي تزوجت.

وهو في الشرع: العقد، وقال القاضي أبو يعلى: هو حقيقة في العقد والوطء جميعًا، وقيل: بل هو حقيقة في الوطء ومجاز في العقد، حكى الثلاثة المصنف في «المغني»، وصحح الأول. انتهى.

(٢) التخلي: هو تَفَعُّلٌ، من خلا يخلو: إذا انفرد، فالتخلي إذن: التفرد والخلوة بنوافل العبادة، دون النكاح وتوابعه. «المطلع» ص٣٨٦.

(٣) في (و) زيادة: عَلَيْهِمُ السَّلَامُ.

(٤) رواه ابن السماك في «أماليه» -مخطوط-، والديلمي (٥٥٩٤)، وعزاه في «كنز العمال» =

وقَدَّمه على الجِهاد.

وقد أَنهى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في التَّزوُّج العددَ الْمَشروعَ له[1]، واشتَغَل بهن عن التَّخلِّي للعِبادة، فثَبَت أنه أفضلُ من التَّخلِّي؛ لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يَجتهِدُ لسُلوك[2] أفضلِ طُرُقِ الدِّينِ[3].

وقد همَّ قومٌ بالتَّخلِّي لعِبادة الرَّحمنِ، وطَلاقِ النِّسوانِ، فردَّ عليهم النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «تَناكَحوا تَوالَدوا[4].. تكثُروا[5]؛ فإني أُباهِي بكم الأُمَمَ يومَ القِيامةِ، ولو بالسِّقط[6]»[7].

=١٦/ ٢٨٠ لابن لال عن أم حبيبة رضي الله تعالى عنها.

(١) قال تعالى: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجٍ وَلَوۡ أَعۡجَبَكَ حُسۡنُهُنَّ إِلَّا مَا مَلَكَتۡ يَمِينُكَۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيۡءٖ رَّقِيبٗا﴾ [الأحزاب: ٥٢].

(٢) في (د) و(هـ): بسلوك.

(٣) روى البخاري (٥٠٦٣)، ومسلم (١٤٠١) عن أنس بن مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يسألون عن عبادة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما أُخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبدًا، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدًا، فجاء رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إليهم، فقال: «أنتم الذين قلتم كذا وكذا، أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني».

(٤) مثبتة من (هـ) و(و).

(٥) في (هـ): تكاثروا.

(٦) قوله: (ولو بالسقط) مثبت من (هـ).

(٧) رواه عبد الرزاق (١٠٣٩١) مرسلاً، وليس فيه لفظ: «توالدوا»، وقال البيهقي في «المعرفة» (١٣٤٤٨): قال الشافعي: وبلغنا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم حتى بالسقط». وروى أبو داود (٢٠٥٠): «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم».

فهذا الأمرُ لا يَخلو إما أن يكون للوُجوب، كما هو حَقيقتُه، أو لم يكن..

فإن كان للوُجوب: فظَهَر رُجحانُه على النَّوافِل؛ لأن الواجِبَ راجِحٌ على النَّفل إجماعًا.

وإن لم يكن للوُجوب: يَكونُ للسُّنّة؛ إذ النَّدبُ والإباحةُ انتَفيا بقَوله[1] صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «النِّكاحُ سُنّتي، فمن رَغِب عن سُنّتي فليس منِّي»[2].

والسُّنّةُ راجِحةٌ على النَّفل إجماعًا.

فإن قِيل[3]: النِّكاحُ سُنّةٌ عندي إذا تاقَت نفسُه إليهنّ.

قُلنا: إنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَله سُنّةً مُطلَقةً لا مُقيَّدةً كما[4] زَعَمتَ.

فإن قِيل: اللهُ تَعالى مَدَح يَحيى عَلَيْهِ السَّلَامُ بكَونه سَيِّدًا وحَصورًا[5]، وهو من لا يَأتي النِّساءَ مع القُدرةِ، فلو كان النِّكاحُ أفضلَ لَمَا استَحَقَّ المدحَ به.

قُلنا: في النَّصِّ إشارةٌ إلى أن التَّخلِّيَ للعِبادة والصَّبرَ عن[6] النِّساءِ مَمدوحٌ، ونحن لا نَذُمُّه[7]، لكنَّا نَقولُ: النِّكاحُ بإقامة شُروطِه أفضلُ منه.

---

(١) في (ج): انتفتا لقوله.

(٢) رواه ابن ماجه (١٨٤٦) بلفظ: «النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني»، وفي البخاري (٥٠٦٣) ومسلم (١٤٠١): «لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني».

(٣) في حاشية (ز): قال. نسخة. والمقصود في الحالين الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

(٤) في (د): بما.

(٥) في قوله تعالى: ﴿فَنَادَتْهُ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ وَهُوَ قَآئِمٌ يُصَلِّي فِي ٱلْمِحْرَابِ أَنَّ ٱللَّهَ يُبَشِّرُكَ بِيَحْيَىٰ مُصَدِّقًۢا بِكَلِمَةٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [آل عمران: ٣٩].

(٦) في (د): على.

(٧) في (ب): لا ننفيه.

ويَحتمِلُ أن العُزلةَ كانَت أفضلَ من العِشرة في تلك الشَّريعةِ، ثم نُسِخ في شَريعتنا، وصارَت العِشرةُ خيرًا من العُزلة.

ولأنه مُشتمِلٌ على الْمَصالِح الدِّينيّةِ والدُّنيويّةِ، كحِفظ النِّساءِ، والقِيامِ عليهنَّ بالإنفاق، وصِيانةِ نفسِه عن الزِّنى، وتَكثيرِ عِبادِ[1] اللهِ تَعالى وأُمّةِ الرَّسولِ عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ، وتَحقيقِ مُباهاتِه.

وهو فرضُ عينٍ عندَ أصحابِ الظَّواهرِ.

وفرضُ كِفايةٍ عندَ بعضِ أصحابِنا، كالجِهاد؛ لظاهِرِ الأوامِرِ الوارِدةِ فيه[2].

ويَنعقِدُ بإيجابٍ وقَبولٍ وُضِعا للمُضِيّ، أو أحَدُهما.

ويَنعقِدُ بلَفظَين يُعبَّرُ بهما عن الماضِي؛ لأن النِّكاحَ إنشاءُ تَصرُّفٍ، والإنشاءُ إثباتُ أمرٍ لم يكن، وهو يُعرَفُ بالشَّرع؛ لأنه لم يُوضَع بإِزائه لفظٌ خاصٌّ، فاستُعمِل اللَّفظُ الْمَوضوعُ للإخبار عن الماضِي في الإنشاء: دفعًا للحاجة.

وإنما خُصَّ به: لأنه يَستَدعي سبْقَ الْمُخبَرِ به؛ ليكونَ الكَلامُ صَحيحًا حِكمةً وعقلًا، فصار الوُجودُ حقًّا له مُقتضى الحِكمةِ، فإذا قُصِد الإنشاءُ اختِير اللَّفظُ الذي يُلازِمُه الوُجودُ.

ويَنعقِدُ بلَفظَين يُعبَّرُ بأحَدهما عن الماضِي، وبالآخر عن الْمُستقبَل، مِثلُ أن يَقولَ: (زَوِّجني)، فيَقولَ: (زَوَّجتُك)؛ لأن قولَه: (زَوِّجني) تَوكيلٌ بالنِّكاح، والواحِدُ يَتولّى طَرَفَي النِّكاحِ؛ لأن التَّمانُعَ في الحُقوق، والحُقوقُ في النِّكاح لا تَرجِعُ إلى العاقِد، فلا تَمانُعَ، بخِلاف البيعِ.

(١) في (هـ): عبادة.

(٢) أي النصوص الآمرة بالتزوج، مما مر بعضها قريبًا.

وإنما يَصِحُّ بلَفظ النّكاحِ، والتَّزويجِ، وما وُضِع لتَمليك العَينِ(ف) في الحال.

ويَنعقِدُ بلَفظ النّكاحِ والتَّزويجِ، وكلِّ لفظٍ يَصلُحُ[1] لتَمليك العَينِ في الحال، كالهِبة والصَّدَقةِ والتَّمليكِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَنعقِدُ بغَير لفظِ النّكاحِ والتَّزويجِ؛ لأن هذه الألفاظَ ليست حَقيقةً في النّكاح، ولا مَجازًا عنه، فلا يَنعقِدُ به النّكاحُ.

وهذا لأنها لو كانَت حَقيقةً فيه لكانَت مَوضوعةً له، ولفُهِم بها ما فُهِم به، كالأَسماء الْمُترادفةِ، وليس كذلك.

والْمَجازُ لا يَكونُ إلا بمُشاكَلةٍ في الْمَعاني الْمُختصّةِ، ولم يُوجَد؛ إذ التَّزويجُ هو التَّلفيقُ، والنّكاحُ الضَّمُّ، وليس فيهما ما يَدُلُّ على الْمِلك، وليس في التَّمليك مَعنى التَّلفيقِ والضَّمِّ.

ولهذا لو اشتَرى مَنكوحتَه يَفسُدُ النّكاحُ، ولو كان بينَهما مُلازَمةٌ لَمَا فَسَد، بل تَأكَّد.

ولنا: أن الاتِّصالَ سببًا[2] مُصحِّحٌ للاستِعارة، كالاتِّصال مَعنًى، وقد تَحقَّق الاتِّصالُ من حيث السَّبَبيّةُ؛ إذ اللَّفظُ الْمَوضوعُ لِملك الرَّقَبةِ يُوجِبُ مِلكَ الرَّقَبةِ، ومِلكُ الرَّقَبةِ سبَبٌ صالِحٌ لِملك الْمُتعةِ في محَلِّها، والنّكاحُ يُوجِبُ مِلكَ الْمُتعةِ، فصَحَّت الاستِعارةُ؛ لوُجود الاتِّصالِ سبَبًا.

ولأن التَّمليكَ صالِحٌ لإثبات الْمِلكِ، وقد صَدَر من أَهله مُضافًا إلى محَلٍّ قابِلٍ لثُبوت الْمِلكِ، فوَجَب أن يَثبُتَ الْمِلكُ، وإذا ثَبَت الْمِلكُ ثَبَت الحِلُّ والازدِواجُ؛ ضَرورةَ أنه لا يَنفكُّ عنه.

---

(١) في (ب): يصح.

(٢) في (هـ) و(و): سبب.

وهذا لأن الْمُستوفَى بالوَطء مَملوكٌ له؛ بدَلالة جَوازِ الاعتِياضِ، وبدَلالة أنه اختصَّ به انتِفاعًا وحَجْرًا، ولن يَثبُتَ الاختِصاصُ والحَجْرُ إلا بالْمِلك، فدَلَّ أن المحَلَّ قابِلٌ للمِلك شرعًا.

فإن قِيل: إنه ليس بمالٍ اتِّفاقًا، وغيرُ المالِ لا يَقبَلُ الْمِلكَ، ولأن الْمَنافِعَ مَعدومةٌ، والْمَعدومُ لا يَقبَلُ الْمِلكَ، على أن الْمِلكَ لو ثبَت في النّكاح لثَبت تبعًا للانضِمام والازدِواجِ، وهنا لو ثَبَت الْمِلكُ لثَبَت أصلًا، وهذا خِلافُ الْمَشروعِ.

قُلنا: غيرُ المالِ قابِلٌ للمِلك، كالمال للانضِمام[1] والازدِواجِ، كالقِصاص، حتى جَرى فيه الإرثُ والاعتِياضُ، والْمُستوفَى بالوَطء في حُكم العَينِ، حتى كان التَّأبيدُ من شَرطه، كالبَيع لا كالإجارة.

ولو كان الانضِمامُ والازدِواجُ أصلًا والْمِلكُ تبَعًا.. لما صحّ إيجابُ العِوَضِ على الزَّوج؛ لأن ذلك مُشترَكٌ بينَهما.

والدَّليلُ على أن الْمِلكَ أصلٌ: أن الطَّلاقَ بيَد الزَّوجِ؛ لأنه المالِكُ.

وإنما انعَقَد بلَفظ النّكاح والتَّزويجِ: لأنهما جُعِلا علَمًا عليه، والعلَمُ يَعمَلُ وضعًا لا بمَعناه، كالنَّصِّ في دَلائِل الشَّرعِ، فلما ثَبَت الْمِلكُ بهما وضعًا مع أنهما لا يُنبِئان عنه.. فلَأن يَثبُتَ بما يُنبِئُ عنه أَولى.

فإن قِيل: شرطُ صِحّةِ القِياسِ أن لا يَكونَ مُغيِّرًا للنَّصّ، وقد فات؛ لأن نِكاحَ النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ انعَقَد بلَفظ الهِبةِ على سَبيل الخُصوصِ بقَوله تَعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[2] [الأحزاب: ٥٠]، وهذا التَّعليلُ يُبطِلُه.

---

(١) في (ز): لا للإنضمام.

(٢) روى البخاري (٥٠٢٩) عن سهل بن سعد قال: أتت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امرأة فقالت: إنها =

قُلنا: الاختِصاصُ في سَلامته له بلا عِوَضٍ، بخِلاف غيرِه من أُمّته، وفي أن لا يَحِلَّ لأحدٍ بعدَه، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَأَزْوَاجُهُۥٓ أُمَّهَٰتُهُمْ﴾ [الأحزاب: ٦]، وقال: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، وقد أبطَلنا التَّعليلَ من ذلك الوجهِ.

ويَنعقِدُ بلَفظ البيعِ في الصَّحيح.

وعن الأعمَش: أنه لا يَنعقِدُ به؛ لأنه لفظٌ خاصٌّ لتَمليك مالٍ بمالٍ، والْمَملوكُ بالنّكاح ليس بمالٍ؛ لأن المالَ غيرَ الآدَميِّ خُلِق لِمَصلَحة الآدَميِّ.

ولنا: أن البيعَ يُوجِبُ مِلكًا هو سببُ مِلكِ الْمُتعةِ في محَلِّه، فكان طَريقُ الْمَجازِ مَوجودًا، فيَنعقِدُ به.

ولا يَنعقِدُ بلَفظ الإجارةِ؛ لأنه ليس بسَبَب مِلكِ[1] الْمُتعةِ؛ إذ هو يُوجِبُ مِلكَ الْمَنفَعةِ[2]، وبمِلك الْمَنفَعةِ لا يُستفادُ مِلكُ الْمُتعةِ[3].

=قد وهبت نفسها لله ولرسوله صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «ما لي في النساء من حاجة»، فقال رجل: زوجنيها، قال: «أعطها ثوبًا»، قال: لا أجد، قال: «أعطها ولو خاتمًا من حديد»، فاعتل له، فقال: «ما معك من القرآن؟»، قال: كذا وكذا، قال: (فقد زوجتكها بما معك من القرآن».

روى الترمذي (٣٢١٥) قال ابن عباس: نهى رسول الله صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن أصناف النساء إلا ما كان من المؤمنات المهاجرات، قال: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعْدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَٰجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ إِلَّا مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ﴾، فأحل الله فتياتكم المؤمنات، ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ﴾، وحرم كل ذات دين غير الإسلام، ثم قال: ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ﴾، وقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَيْكَ﴾ إلى قوله: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ وحرم ما سوى ذلك من أصناف النساء.

(١) في (ز): لملك.

(٢) في (و): المتعة.

(٣) في (هـ): المنفعة.

وعن الكَرخيِّ: أنه يَنعقِدُ؛ لأن الْمُستوفى بالنِّكاح مَنفَعةٌ حقيقةً، وقد سَمَّى اللهُ تَعالى العِوَضَ في النِّكاح أجرًا بقَوله: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النِّساء: ٢٤]، وهو يُشعِرُ بأنه مُشاكِلٌ للإجارة.

ولنا: أن الْمَملوكَ بالنِّكاح في حُكم العَينِ، حتى لا يَنعقِدُ إلا مُؤبَّدًا، والإجارةُ لا تَنعقِدُ إلا مُؤقَّتةً، فبينَهما مُنافاةٌ، فأنّى تَصِحُّ[1] الاستِعارةُ؟!

ولا بلَفظ الإحلالِ والإباحةِ والإعارةِ؛ لأن هذه الألفاظَ لا تُوجِبُ مِلكَ العَينِ.

أما الإعارةُ: فلأنها لتَمليك الْمَنافعِ أو لإباحتها، على ما نُبيِّنُ إن شاء اللهُ تَعالى.

وأما الآخَران: فلأنهما لا يُوجِبان مِلكًا، فإن مَن أحَلَّ أو أباحَ لغَيره طَعامًا فإنما يُتلِفُه على مِلك الْمُبيحِ.

ولا بلَفظ الوَصيّةِ؛ لأنها تُوجِبُ الْمِلكَ مُضافًا إلى ما بعدَ الموتِ، ولو صَرَّح بلَفظ النِّكاحِ مُضافًا إلى ما بعدَ الموتِ لا يَصِحُّ، كذا هنا.

عندَ حُرَّين(ك)، أو حُرٍّ وحُرَّتَين(ف)، عاقِلَين، بالِغَين، مُسلِمَين، ولو فاسِقَين(ف)، أو مَحدودَين(ف)، أو أعميَين(ف)، او ابنَي العاقِدِ[2].

ولا يَنعقِدُ نِكاحُ الْمُسلِمَين إلا بحُضور شاهِدَين حُرَّين عاقِلَين بالِغَين، أو حُرٍّ وحُرَّتَين، مُسلِمَين[3]، ولو فاسِقَين، أو مَحدودَين في قذفٍ، أو أعميَين.

فالشَّهادةُ شرطٌ في النِّكاح.

---

(١) في (ز): تصلح.

(٢) في (ع): العاقدين.

(٣) في (ب): مسلمتين.

وقال مالكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليست بشرطٍ، وإنما الشَّرطُ الإعلانُ، حتى لو أعلَنوا بحُضور الصِّبيانِ والْمَجانينِ يَصِحُّ؛ لأنه عقدٌ، فلا يُشترَطُ لصِحّته الشُّهودِ، كسائِر العُقودِ.

وإنما شَرط الإعلانَ: لقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أعلِنوا النِّكاحَ ولو بالدُّفّ»(١).

ولنا: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا نِكاحَ إلا بشُهودٍ»(٢).

وأُرِيد به نفيُ الجَوازِ؛ لأنه الأصلُ، ونفيُ الكَمالِ مَجازٌ، والحَقيقةُ حَقيقٌ بأن تُرادَ.

وهو حَديثٌ مَشهورٌ(٣) تَصِحُّ الزِّيادةُ به على الكِتاب.

ولا بُدَّ من اعتِبار الحُرِّيّةِ والبُلوغِ والعقلِ؛ لأن العبدَ والصَّبيَّ والْمَجنونَ ليسوا من أَهل الوِلايةِ، والشَّهادةُ من باب الوِلايةِ؛ لأنها نَفاذُ قولِ الإنسانِ على الغَير شاء أو أَبى.

ولا بُدَّ من اعتِبار الإسلامِ في أنكِحة الْمُسلِمين؛ لأنه لا شَهادةَ للكافِر على الْمُسلِم؛ إذ لا وِلايةَ له عليه، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النِّسَاء: ١٤١].

ولا يُشترَطُ وصفُ الذُّكورةِ، حتى يَنعقِدُ بحُضور رَجُلٍ وامرَأتَين.

---

(١) رواه الترمذي (١٠٨٩) بلفظ: «أعلنوا هذا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف». وابن ماجه (١٨٩٥) بلفظ: «أعلنوا النكاح، واضربوا عليه بالغربال» أي الدف.

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٥٥: حديث: «لا نكاح إلا بشهود»: لم أره بهذا اللفظ، وروى الترمذي (١١٠٣) من طريق جابر بن زيد رفعه عن ابن عباس: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة»، ورجح الترمذي وقفه، وروى ابن حبان (٤٠٧٥) من رواية سليمان بن موسى عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة مرفوعًا: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»... الحديث وقال: ولم يقل فيه: «وشاهدي عدل» إلا حفص بن غياث عن ابن جريج عنه، وتابعه الحجي عن خالد بن الحارث وعبد الرحمن بن يونس الرقي عن عيسى بن يونس كلاهما عن ابن جريج.

(٣) لعل الشهرة ليست لنفس لفظ الحديث السابق وإنما لمعناه، وانظر التعليق السابق.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنعقِدُ؛ لأنه ليس بمالٍ، فصار كالحُدود.

وهذا لأن شَهادةَ النِّساءِ حُجّةٌ ضَروريّةٌ؛ لنُقصان عقلِهنَّ ودِينِهنَّ بالحَديث[١]، وغلَبةِ النِّسيانِ عليهنَّ، فكانَت حُجّةً في مَوضِع الضَّرورةِ، وهو المالُ؛ لكَونه مُبتذَلًا عادةً.

ولنا: أنها حُجّةٌ أصليّةٌ، لكن فيها نوعُ شُبهةٍ باعتِبار صورةِ البَدَليّةِ، والنِّكاحُ مما يَثبُتُ بالشُّبُهات؛ ألا تَرى أنه يَثبُتُ مع الهزلِ الذي لا يَثبُتُ به المالُ، فأَولى أن يَثبُتَ بما يَثبُتُ به المالُ.

ولا تُشترَطُ العَدالةُ، حتى يَنعقِدُ بحَضرة الفاسِقَين.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنعقِدُ؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا نِكاحَ إلا بوليٍّ وشاهِدَي عدلٍ»[٢].

ولأن الشَّهادةَ كَلامٌ هو حُجّةٌ شَريعةٌ[٣]، وذا بتَرجُّح جانِبِ الصِّدقِ على الكَذِب بواسِطة العَدالةِ؛ لما عُرِف، فإذا فات الْمُرجِّحُ بَقِي مُحتمِلًا، فلا يَصلُحُ حُجّةً.

ولنا: أنه من أَهل الوِلايةِ على نَفسه؛ لإِسلامه، فكان من أَهل الوِلايةِ على غَيره؛ لأنه من جِنسه.

ولأنه أهلٌ للإمامة[٤] والسَّلطَنةِ، فإن جُمهورَ الأئمّةِ بعدَ الخُلَفاءِ الأربعَةِ لم يَخلُوا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) رواه عبد الرزاق (١٠٤٧٣)، والروياني (٨٣)، وابن حبان (٤٠٧٥)، والطبراني (٢٩٩)، والدارقطني (٣٥٢١)، والبيهقي (١٣٧١٦).

وورد من دون ذكر الشهود من غير هذه الطرق، وورد موقوفًا عن عدد من الصحابة، وانظر الكلام في إعلالها عند العيني في «عمدة القاري» ٢٠/ ١١٦.

(٣) في (هـ) و(ز): شرعية.

(٤) في (ب) و(و): للأمانة.

عن الفِسق، فالقولُ بالخُروج عن الإمامة بالفِسق يُفضي إلى فَسادٍ عَظيمٍ.

ومن ضَرورة كونِه أهلًا للإمامة كونُه أهلًا للقَضاء؛ لأن تَقلُّدَ[1] القَضاءِ إنما يَكونُ من الإمام، ومن ضَرورة كونِه أهلًا للقَضاء كونُه أهلًا للشَّهادة؛ لأن القاضِيَ لا بُدَّ أن يَكونَ أهلًا للشَّهادة.

وقَيَّد بالعَدالة في هذا الحَديثِ[2]، وأطلَق فيما رَوينا[3] أوّلًا، فنَعمَلُ بالْمُطلَق والْمُقيَّدِ، ولا نَحمِلُه على الْمُقيَّد؛ لما عُرِف.

ولأنه نَكَّر العَدالةَ في مَوضِع الإثباتِ، فيَقتَضي عَدالةً ما، وذا من حيث الاعتِقادُ؛ وهذا لأن العدلَ ضِدُّ الظُّلمِ، والشِّركُ ظُلمٌ؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِنَّ ٱلشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾ [لُقمان: ١٣]، فكان الإيمانُ عدلًا، فاستَقامَت الإضافةُ إليه.

أو نَقولُ: الْمُرادُ بشاهِدَي عدلٍ: قائِلَي كَلِمةِ عدلٍ، وهي كَلِمةُ التَّوحيدِ.

وقِيل: هذه الْمَسألةُ بِناءً على أن الفِسقَ لا يَنقُصُ من إيمانه عندَنا؛ لأنه لا يَزيدُ ولا يَنقُصُ، والأعمالُ من شَرائِع الإيمانِ لا من نَفسه، وعندَه: الشَّرائعُ من نَفس الإيمانِ، ويَزدادُ الإيمانُ بالطّاعة، ويَنتقِصُ بالْمَعصِية، فجَعَل نُقصانَ الدِّينِ بالفِسق كنُقصان الحالِ[4] بالرِّقِّ والصِّغَرِ.

والْمَحدودُ في القَذف من أهل الوِلايةِ، فيَكونُ من أهل الشَّهادةِ تَحمُّلًا.

والنَّهيُ عن القَبول[5] ....

---

(١) في (هـ): تقليد، وفي (ز): تولية.

(٢) أي حديث: «لا نِكاحَ إلا بوَليٍّ وشاهِدَي عَدْلٍ».

(٣) أي حديث: «لا نِكاحَ إلا بشهود»

(٤) في (هـ): الحلال.

(٥) في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

يُعدِمُ[1] وصفَ الأداءِ من شَهادته لا الأصلَ؛ إذ النَّهيُ عن قَبول الشَّيءِ يَقتَضي تَحقُّقَ ذلك الشَّيءِ، والأداءُ من ثَمَرات الشَّهادةِ، وفوتُ الثَّمَرةِ لا يَدُلُّ على فَوت الأصلِ، كشَهادة العُميانِ.

تَزوَّج امرَأةً بشَهادةِ ابنَيه منها، أو ابنَيه من غَيرها، او ابنَيها من غَيره: صحَّ النِّكاحُ.

ثم إن وَقَع التَّجاحُدُ بينَهما لا يَظهَرُ بشَهادة ابنَيه منهما[2] أيُّهما ادَّعى؛ لأنهما شَهِدا لأَبيهما أو لأُمِّهما.

ولو كان ابناه من غَيرها.. إن جَحَد وادَّعت: تُقبَلُ؛ لأنهما شَهِدا على أبِيهما، وشَهادةُ الابنِ على الأَب تُقبَلُ.

وإن كان الأبُ يَدَّعي، والْمَرأةُ تَجحَدُ: لا تُقبَلُ؛ لأنهما شَهِدا لأبِيهما.

ولو كان ابناها من غَيره.. إن ادَّعت: لا تُقبَلُ، وإن جَحَدت: تُقبَلُ.

مُسلِمٌ نكَح ذِمِّيّةً عندَ ذِمِّيَّين: صحّ(م ز).

مسلمٌ تَزوَّج ذِمِّيَّةً بشَهادة ذِمِّيَّين: جاز، وقال محمدٌ وزفرُ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَجوزُ؛ لأن السَّماعَ في النِّكاح شَهادةٌ، ولا شَهادةَ للكافِر على الْمُسلِم، فلم يَصِحَّ سَماعُهما كَلامَ الْمُسلِمِ بطَريق الشَّهادةِ، وشرطُ الانعِقادِ: سَماعُ الشّاهِدَين شَطرَي العقدِ، ولم يُوجَد، فصار كأنهما سَمِعا كَلامَ الْمَرأةِ دونَ كَلامِه.

ولهما: أن الشَّهادةَ إنما شُرِطت في النِّكاح؛ لما فيه من إثبات مِلكِ الْمُتعةِ له عليها؛ إذ هو محَلٌّ ذو خطَرٍ، فشُرِط الشُّهودُ تَعظيمًا للأبضاع، لا لثُبوت مِلكِ المهرِ لها عليه؛ لأن إيجابَ المالِ يَصِحُّ بلا شُهودٍ، كالبَيع وغيرِه.

---

(١) في (هـ) و(ز): لعدم.

(٢) في سوى (ج) و(د) و(هـ): منها.

وللذِّمِّيِّ شَهادةٌ على الذِّمِّيّة، بخِلاف ما إذا لم يَسمَعا كَلامَ الرَّجُلِ أصلًا؛ لأن الشَّهادةَ مُعتبَرةٌ لصِحّة العقدِ، وهو يَقومُ بالشَّطرَين، فلا بُدَّ من سَماع الشَّطرَين.

أمَره أن يُزوِّجَ صَغيرتَه، فزَوَّجها عندَ رَجُلٍ، وحَضَر الأبُ: صحّ، وإلا لا.

رَجُلٌ أمَر رَجُلًا أن يُزوِّجَ ابنتَه الصَّغيرةَ، فزَوَّجها والأبُ حاضِرٌ بشَهادة رَجُلٍ واحِدٍ سِواهما: صحَّ النِّكاحُ.

وإن كان الأبُ غائِبًا: لم يَصِحَّ؛ لأن الْمَوجودَ من الوَكيل واجِبُ الانتِقالِ إلى الْمُوكِّل في باب النِّكاحِ؛ ضَرورةَ أن الوَكيلَ فيه سَفيرٌ.

ومتى كان الأبُ حاضِرًا أمكَن تَحقيقُ الإضافةِ إليه؛ لأن الإيجابَ والقَبولَ إنما يَصِحّان بشَرط اتِّحادِ الْمَجلِسِ، فكان العقدُ مُضافًا إلى الأَب، فبَقِي الْمُزوِّجُ شاهِدًا، ومعه آخرُ، فجاز.

وإن كان الأبُ غائبًا لا يُمكِنُ جعلُه مُباشِرًا؛ لاختِلاف الْمَجلِسِ، فبَقِي العقدُ مُضافًا إلى الْمُزوِّج، فلا يَصلُحُ شاهِدًا.

وقالُوا: الأبُ إذا زَوَّج ابنتَه البالِغَة بأَمرها[1] بحَضرتِها، ومع الأبِ شاهِدٌ آخرُ: صحّ، وإن كانَت غائِبةً لم يَصِحَّ؛ لما قُلنا.

---

(١) في (هـ): فأمهرها.

فصل في بيان المحرمات

حَرُم تزوُّجُ أُمِّه، وبنتِه، وإن بَعُدتا، وأُختِه، وبِنتِها، وبِنتِ أخِيه، وعمّتِه، وخالتِه، وأُمِّ امرَأتِه، وبِنتِها إن دَخَل بها، وامرَأةِ أبِيه وابنِه، وان بَعُدتا.

لا يَحِلُّ للرَّجُل[1] أن يَتزوَّجَ بأُمِّه وجَدّاتِه من قِبَل أبِيه أو أُمِّه.

والأصلُ فيه: قولُه تَعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٣].

فعندَ من يُجوِّزُ الجمعَ بينَ الحَقيقةِ والْمَجازِ عندَ اختِلافِ المحَلِّ: حُرمةُ الجَدّاتِ ثَبَتَت بالنَّصّ، وعندَ من يُنكِرُه ثَبَتَت بالإجماع.

أو[2] لأن الأُمَّ هي الأَصلُ لُغةً، قال اللهُ تَعالى: ﴿هُنَّ أُمُّ ٱلْكِتَٰبِ﴾ [آل عِمْرَان: ٧]، أي أصلٌ يُرَدُّ إليه الْمُتشابِهُ، وذا[3] يَجمَعُ الكلَّ.

ولا بِبنته؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾.

ولا بِبنت ابنِه وبِنتِ بِنتِه، وإن سَفَلت؛ للإجماع، أو لأن الاسمَ يَتناوَلهنَّ مَجازًا، فكنَّ مُراداتٍ بالنَّصّ عندَ البعضِ.

ولا بأُختِه؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَأَخَوَٰتُكُمْ﴾.

وهن أصنافٌ: الأُختُ لأبٍ وأُمٍّ، والأُختُ لأبٍ، والأُختُ لأُمٍّ.

---

(١) في (ب): للزوج.

(٢) في (هـ): و.

(٣) في (ب): ردًّا.

وهنَّ مُحرَّماتٌ بالنَّصّ؛ إذ الأُختيّةُ عِبارةٌ عن مُجاوَرةٍ في صُلبٍ أو رَحِمٍ، فكان الاسمُ حَقيقةً للكلّ.

ولا ببَنات أُختِه؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾.

وسَواءٌ كانَت بِنتَ أُختٍ لأبٍ وأُمٍّ، أو لأبٍ، أو لأُمٍّ.

ولا ببَنات أخِيه؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ﴾.

وسَواءٌ كانَت بِنتَ أخٍ لأبٍ وأُمٍّ، أو لأبٍ، أو لأُمٍّ.

ولا بعَمّته وخالتِه؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ﴾.

وسَواءٌ كانَت عمّةً لأبِيه وأُمّه، أو لأبِيه، أو لأُمّه.

وكذا الخالةُ، سَواءٌ كانَت لأبِيه وأُمّه، أو لأبِيه، أو لأُمّه.

ولا بأُمِّ امرَأتِه التي دَخَل بابنتها أو لم يَدخُل؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾، فهذه الحُرمةُ تَثبُتُ بنَفس العقدِ عندَنا.

وعندَ بِشرٍ: لا تَثبُتُ إلا بالدُّخول بالبِنت، وهو مَذهَبُ عليٍّ وزيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا(1)؛

---

(1) روى ابن أبي شيبة (١٦٢٦٧) والطبري في «تفسيره» ٦/ ٥٥٦: عن خلاس بن عمرو عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: في رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها، أيتزوج أمها؟ قال: هي بمنزلة الربيبة.

وروى الطبري ثمة ٦/ ٥٥٧: عن سعيد بن المسيب عن زيد بن ثابت: أنه كان يقول إذا ماتت عنده، وأخذ ميراثها، كره أن يخلف على أمها، وإذا طلقها قبل أن يدخل بها.. فإن شاء فعل.

ثم روى عن سعيد بن المسيب عن زيد بن ثابت قال: إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلا بأس أن يتزوج أمها.

وروى ابن أبي شيبة (١٦٢٦٨) عن سعيد بن المسيب عن زيد بن ثابت: أنه كان لا يرى به بأسًا إذا طلقها، ويكرهها إذا ماتت عنده.

وروى ابن أبي شيبة (١٦٢٦٩) عن ابن جريج، عن ابن أبي بكر بن حفص بن عمر بن سعد: أن=

لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾.

والأصلُ: أن الشَّيءَ إذا عُطِف على شيءٍ في حُكمٍ، وذُكِر في المَعطوف شرطٌ.. فإنه يَنصرِفُ إليهما، كمن قال: فُلانةُ طالِقٌ وفُلانةُ طالِقٌ إن دَخَل زيدٌ الدّارَ، فشرطُ الدُّخولِ يَنصرِفُ إليهما، فكذا هنا ذَكَر أُمَّ المَرأةِ، ثم عَطَف عليها الرَّبائبَ، ثم شَرَط الدُّخولَ، فانصَرَف إليهما.

ولنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من تَزوَّج امرَأةً حَرُمت عليه أُمُّها، دَخَل بها أو لم يَدخُل، وحَرُمت عليه بِنتُها إن دَخَل بها»(١).

ولأن اللهَ تَعالى حَرَّم أُمَّ المَرأةِ مُطلَقًا بلا قَيد الدُّخولِ، فمن قَيَّد به فقد نَسَخه.

والدُّخولُ ليس بشرطٍ، بل هو تَحريمُ شخصٍ مَوصوفٍ بصِفةٍ، مَعطوفًا على

=مسلم بن عويمر بن الأجدع من بني بكر بن كنانة أخبره: أن أباه أنكحه امرأة بالطائف، قال: فلم أجمعها حتى توفي عُمرُ عن أمها، وأمها ذات مال كثير، فقال لي: هل لك في أمها؟ فقلت: وددت، وكيف وقد نكحت ابنتها، قال: فسألت ابن عباس فقال: انكحها، وسألت ابن عمر فقال: لا تنكحها، قال: فكتب أبو عويمر في ذلك إلى معاوية، وأخبره في كتابه بما قال ابن عباس وبما قال ابن عمر، فكتب إليه معاوية: لا أحل ما حرم الله، ولا أحرم ما أحل الله، وأنت وذاك والنساء كثير، قال: فلم ينهني ولم يأذن، وانصرف أبي عنها فلم ينكحها.

وروى البيهقي (١٣٩٠٥) عن أبي عمرو الشيباني: أن رجلًا سأل ابن مسعود عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها أيتزوج أمها؟ قال: نعم، فتزوجها، فولدت له، فقدم على عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فسأله، فقال: فرق بينهما، قال: إنها قد ولدت قال: وإن ولدت عشرًا، ففرق بينهما.

(١) روى الترمذي (١١١٧) عن ابن عمرو رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أيما رجل نكح امرأة فدخل بها: فلا يحل له نكاح ابنتها، وإن لم يكن دخل بها فلينكح ابنتها، وأيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل بها: فلا يحل له نكاح أمها».

شخصٍ غيرِ مَوصوفٍ بصِفةٍ، وعطفُ الْمَوصوفِ على غَيرِ الْمَوصوفِ لا يَقتَضي ذِكرَ الصِّفةِ في الْمَوصوف[1].

كمن قال: زينبُ طالِقٌ وعَمْرةُ القائِمةُ.. فإنه لا يُشترَطُ صِفةُ القِيامِ في زَينبَ لوُقوعِ الطَّلاقِ عليها، ولئن كان شرطًا فالشَّرطُ إنما يَعودُ إلى الجَميعِ إذا أمكَن، ولا يُمكِنُ هنا؛ إذ العامِلُ في الصِّفة هو العامِلُ في الْمَوصوف، والْمَعمولُ الواحِدُ لا يَكونُ معمولًا بعامِلين[2].

ثم قولُه: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ مَجرورٌ بالإضافة، وقولُه: ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ بحَرف الجرِّ، فلو رَجَع قولُه: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ إليهما لصار مَعمولًا بالإضافة وحرفِ الجرِّ، وذا لا يَجوزُ، وهذا مَعنى قولِهم: الوصفُ الواحِدُ لا يَقَعُ على مَوصوفَين مُختلِفَي العامِلِ.

ولا ببِنت امرَأتِه التي دَخَل بها، وإن لم يَدخُل بها حتى حَرُمت عليه بطَلاقٍ أو موتٍ: حلَّ له تَزوُّجُ الرَّبيبةِ؛ لأن هذه الحُرمةَ تَعلَّقت بشَرط الدُّخولِ، وسَواءٌ كانَت في حِجره أو في حِجرِ غيرِه.

وتَفسيرُ الحِجرِ: أن الابنةَ إذا زُفَّت مع الأُمِّ إلى بَيت زوجِ الأُمِّ.. فهذه كانَت في حِجره، وإذا كانَت مع أبِيها لم تكن في حِجر زوجِ أُمِّها.

وكونُها في حِجرها[3] ليس بشرطٍ للحُرمة عندَ الجُمهورِ، وعندَ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: شرطٌ[4]، وهو مَذهَبُ داوُدَ؛ لأن حُرمةَ الرَّبيبةِ مُتعلِّقةٌ بالدُّخول وبكَونها في حِجر الزَّوجِ،

(١) في حاشية (ب): غير الموصوف. ط.

(٢) في (ب) و(هـ) و(ز): لعاملين.

(٣) في (هـ) و(و): حجره.

(٤) روى عبد الرزاق (١٠٨٣٤) عن ابن جريج قال: أخبرني إبراهيم بن عبيد بن رفاعة -قال =

والْمُعلَّقُ بشَرطَين لا يَثبُتُ بأحَدهما.

ولنا: أن هذا تَقييدٌ وَقَع عُرفًا؛ لأن الغالِبَ أن تكونَ بِنتُ الْمَرأةِ في حِجر زوجِ الأُمِّ، والتَّقييدُ العُرفيُّ لا يُوجِبُ تَقييدَ الحُكمِ به، كقَوله تَعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، ولهذا لم[1] تَتعلَّق الإباحةُ بعَدَم الدُّخولِ وبعَدَم كونِها في حِجره.

ولو تَعلَّقت الحُرمةُ بهما لتَعلَّقت الإباحةُ بعَدَمهما[2]؛ لأن الإباحةَ تَتعلَّقُ أبدًا بضِدِّ ما تَتعلَّقُ به الحُرمةُ، ولكان يَنبَغي أن يُقالَ: فإن لم تَكونُوا دَخلتُم بهنَّ ولم تكن في حُجُوركم، ولئن كان شرطًا فهو لا يُوجِبُ العدَمَ عندَ العدَمِ[3].

= أبو سعيد: رأيت في كتاب غيري ابن عبيد- قال: أخبرني مالك بن أوس بن الحدثان النصري قال: كانت عندي امرأة قد ولدت لي فتوفيت، فوجدت عليها، فلقيت علي بن أبي طالب، فقال: ما لك؟ فقلت: توفيت المرأة، فقال: ألها ابنة؟ قلت: نعم، قال: كانت في حجرك؟ قلت: لا، هي في الطائف، قال: فانكحها، قال: قلت: فأين قوله ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّتِي فِي حُجُورِكُم﴾؟ قال: إنها لم تكن في حجرك، وإنما ذلك إذا كانت في حجرك.

ثم روى عن ابن جريج قال: أخبرني إبراهيم بن ميسرة: أن رجلًا من سواءة يقال له عبيد الله بن معبد أثنى عليه خيرًا، أخبره أن أباه أو جده كان نكح امرأة ذات ولد من غيره، ثم نكح امرأة شابة، فقال له أحد بني الأولى: قد نكحت على أمنا، وكبرت واستغنيت عنها بامرأة شابة فطلقها، قال: لا والله إلا أن تنكحني ابنتك، فطلقها وأنكحه ابنته، ولم تكن في حجره هي ولا أبوها -ابن العجوز المطلقة- قال: فجئت سفيان بن عبد الله الثقفي فقلت: استفت لي عمر، فقال: لتحجن معي، فأدخلني عليه بمنى قال: فقصصت عليه الخبر، فقال: لا بأس بذلك، فاذهب فاسأل فلانًا ثم تعال فأخبرني، قال: ولا أراه قال إلا عليًّا، قال: فسألته، فقال: لا بأس بذلك. قال: فجمعهما.

(١) سقطت من (هـ).

(٢) في (هـ) و(و): بعدمها.

(٣) في (هـ): القدم.

وشَرطيّةُ الدُّخولِ لم تُعرَف بقوله: ﴿دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾، بل بقوله: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، فقد أثبت الحُرمةَ عندَ الدُّخولِ، وأباحَ عندَ عدَمِ الدُّخولِ.

ولا بامرَأة أبيه وأجدادِه؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النِّساء: ٢٢].

وسَواءٌ دَخَل بها أو لم يَدخُل.

واسمُ الأبِ يَتناوَلُ الكلَّ مَجازًا، فتَثبُتُ الحُرمةُ نصًّا أو[1] إجماعًا، كما مرّ.

ولا بامرَأة ابنِه وبَني أولادِه، دَخَل بها أو لم يَدخُل؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾.

وسُمِّيت حَليلةً: لأنها حَلَّت للابن، مِن الحِلّ، أو لأنها تَحُلُّ فِراشَه، وهو يَحُلُّ فِراشَها، من الحُلول.

وذِكرُ الأصلابِ لبَيان إباحةِ حَليلةِ الابنِ الْمُتبنّى، لا لإحلال حَليلةِ ابنِ الابنِ؛ لأنه من صُلبه أيضًا، ولا لإحلال حَليلةِ الابنِ رَضاعًا؛ لأنها حَرامٌ؛ لقَوله[2] صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَحرُمُ من الرَّضاع ما يَحرُمُ من النَّسَب»[3].

والكلُّ[4] رَضاعًا.

ولا بأُمِّه أو أُختِه من الرَّضاع؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾.

---

(١) في (ب) و(ج): و.

(٢) في (أ) و(د): بقوله.

(٣) رواه البخاري (٢٦٤٥).

(٤) أي وحرم الكل رضاعًا.

واعلَم أن ما ذَكَرنا من الْمُحرَّمات من أوَّل الفصلِ إلى هنا يَحرُمُ بالرَّضاع أيضًا؛ لما رَوينا، حتى إنَّ امرَأةً لو أرضَعت ولَدًا يَحرُمُ على هذا الولَدِ امرَأةُ زوجِ الظِّئرِ الذي نَزَل لبَنُها منه، ويَحرُمُ على زَوج الظِّئرِ امرَأةُ هذا الولَدِ.

والتَّخصيصُ في بَعض النُّسُخ بالأُمِّ والأُختِ[1]: غيرُ مُفيدٍ، إلا أن يُقالَ: إن فيه اتِّباعَ النَّصِّ[2].

والجمعُ بينَ الأُختَين نِكاحًا، ووَطْئًا بمِلكٍ، فلو تزوَّج[ك] أُختَ أمتِه الْمَوطوءةِ لم يَطَأ واحِدةً حتى يَبيعَها، ولو تَزوَّجهما في عَقدَين، ولم يُدرَ الأوَّلُ: فُرِّق، ولهما[و] نِصفُ المهرِ.

ولا يُجمَعُ بينَ أُختَين نِكاحًا، ولا بمِلك يَمينٍ وَطئًا؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النِّساء: ٢٣]، وهو في مَوضِع الرَّفعِ؛ لأنه مَعطوفٌ على الْمُحرِّمات، أي: وحُرِّم عليكم الجمعُ بينَ الأُختَين.

فإن تَزوَّج أُختَ أمةٍ له قد وَطِئها: صحَّ النِّكاحُ؛ لصُدور رُكنِ التَّصرُّفِ من الأَهل مُضافًا إلى المحَلِّ.

وإذا صحَّ لا يطَأُ الأمةَ، وإن لم يَطَأ الْمَنكوحةَ؛ لأن الْمَنكوحةَ مَوطوءةٌ حُكمًا، حتى لو تزوَّج مَشرِقيٌّ بمَغرِبيّةٍ، ووَلَدت أولادًا: ثَبَت نسَبُهم منه؛ للوَطء حُكمًا.

فإن قِيل: لما كان النِّكاحُ قائِمًا مَقامَ الوطءِ وَجَب أن لا يَجوزَ هذا النِّكاحُ؛ كي لا يَصيرَ جامِعًا بينَهما وطئًا، كما قال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

---

(١) في (ج): بالأم والبنت والأخت، وفي (د): (والبنت) بدل (والأخت)، وفي حاشية (ز): أكثر النسخ: والبنت، لكن الأصح: والأخت.

(٢) أي اتباع قوله تعالى المار آنفًا: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣].

قُلنا: نفسُ النّكاحِ ليس بوطءٍ، وإنما صار كالوَطء عندَ ثُبوتِ حُكمِه، وهو حِلُّ الوطءِ، وحُكمُ النّكاحِ يَثبُتُ بعدَه، فالنّكاحُ حالَ وُجودِه ليس بوطءٍ، فيَصِحُّ؛ لوُجوده في محلِّه.

ولا يطَأُ الْمَنكوحةَ؛ لأن أُختَها مَوطوءةٌ حَقيقةً، وحُكمُ ذلك الوطءِ باقٍ، حتى لو أرادَ بيعَها يُستحَبُّ له الاستِبراءُ، فيَصيرُ جامِعًا بينَهما وطئًا حَقيقةً.

إلا إذا حَرَّم الْمَوطوءةَ على نَفسه بإزالة مِلكِ الرَّقَبةِ، أو مِلكِ الْمُتعةِ، فحينَئذٍ[1] يطَأُ الْمَنكوحةَ؛ لعَدَم الجمعِ، ويطَأُ الْمَنكوحةَ إن لم يكن وَطِئ الْمَملوكةَ؛ لعَدَم الجمعِ وطئًا؛ إذ الْمَملوكةُ ليست بمَوطوءةٍ حُكمًا، لأن ملك اليمين لم يوضع للوطء، بخِلاف مِلكِ النّكاحِ.

ولهذا يَثبُتُ النَّسَبُ في الثّاني بلا دِعوةٍ[2]، بخِلاف الأوَّلِ.

فإن تزوَّج أُختَين في عَقدَين ولم يُدرَ أيُّهما أوَّلُ، ولم يَدخُل بواحِدةٍ منهما: فُرِّق بينه وبينَهما؛ لأنه لا وجهَ إلى تَصحيح نكاحِهما؛ إذ الجمعُ مُحرَّمٌ بالنَّصّ[3].

ولا إلى تَصحيح نِكاحِ إحداهما غيرَ عَينٍ؛ إذ لا فائِدةَ فيه للزَّوج؛ لأنه لا يَقدِرُ على وَطء واحِدةٍ منهما؛ لأنه يُصادِفُ الْمُعيَّنةَ، ولا حِلَّ في الْمُعيَّنة، ولأنه تَبقى كلُّ واحِدةٍ مُعلَّقةً، لا ذاتَ بعلٍ ولا مُطلَّقةً، وفيه ضرَرٌ بهما.

ولا إلى تَصحيح نِكاحِ إحداهما بعَينها؛ إذ ليست إِحداهما بأَولى من الأُخرى، فتعيَّن التَّفريقُ.

---

(١) في (و): (لم) بدل (فحينئذ).

(٢) في (ج): دعواه.

(٣) بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣].

ولهما نِصفُ المهرِ، أي الأقلُّ من نِصفَي الْمَهرَين؛ لأن فيه يَقينًا.

وهذا لأن كلَّ واحِدةٍ منهما إن كانَت سابِقةً فلها نِصفُ المهرِ، وإن كانَت لاحِقةً فلا شيءَ لها، فكان لكلِّ واحِدةٍ رُبُعُ المهرِ.

ولأنه وَجَب للأُولى نِصفُ المهرِ، وليست إِحداهما بأَولى من الأُخرى، فصار بينَهما.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يُقضى على الزَّوج بشيءٍ، كما رُوِي عن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيما إذا بَرْهَنت كلُّ واحِدةٍ على السَّبْق؛ لأن الْمَقضيَّ لها مَجهولةٌ[1]، وجَهالةُ الْمَقضيِّ له تَمنَعُ القَضاءَ.

كمن قال لرَجُلَين: لأحَدكما عليَّ ألفُ دِرهَمٍ، فإنه لا يَكونُ لأحَدهما أن يَأخُذَ منه شيئًا ما لم يَصطلِحا.

قُلنا: قد قالُوا: مَعنى الْمَسألةِ: أن تَدَّعيَ كلُّ واحِدةٍ أنها الأُولى، ولا حُجّةَ لهما.

أما إذا قالَتا: (لا نَدري أيَّ النِّكاحَين أوَّلُ) لا يُقضى لهما بشيءٍ ما لم يَصطلِحا على أخذ نِصفِ المهرِ؛ لأن الحقَّ وَجَب لِمَجهولةٍ، فلا بُدَّ من الدَّعوى أو الاصطِلاحِ ليُقضى لهما.

وأما إذا بَرْهَنت كلُّ واحِدةٍ منهما على السَّبْق فعليه نِصفُ المهرِ بينَهما بالاتِّفاق في رِواية كِتابِ النِّكاحِ، وهو ظاهِرُ الرِّوايةِ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن عليه مهرًا كامِلًا بينَهما؛ لأنه مُقِرٌّ بصِحّة نِكاحِ إِحداهما، والنِّكاحُ الصَّحيحُ يُوجِبُ كَمالَ المهرِ.

---

(١) في (ب) و(د) و(ز): له مجهول.

وبينَ امرأتَين أيّةٌ فُرضت ذكَرًا حَرُم النِّكاحُ.

ولا يُجمَعُ بينَ الْمَرأةِ وعمّتِها، أو خالتِها، أو بِنتِ أخِيها، أو بِنتِ أُختِها؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تُنكَحُ الْمَرأةُ على عَمّتها، ولا على خالتِها، ولا على ابنة أخِيها، ولا على ابنة أُختِها»[1].

وهذا نهيٌ بصِيغة الخبَرِ، وهو أبلَغُ ما يَكونُ من النَّهي.

ثم ذِكرُ النَّهيِ من الجانِبَين للمُبالَغة في بَيان التَّحريمِ، أو لإزالة الإشكالِ، فربما يُظَنُّ أن نِكاحَ ابنةِ الأخِ على العَمّة لا يَجوزُ، ونِكاحَ العمّةِ على بِنت الأخِ يَجوزُ؛ لتَفضيل العمّةِ، كما لا يَجوزُ نِكاحُ الأمةِ على الحُرّة، ويَجوزُ نِكاحُ الحُرّةِ على الأَمة.

وهذا الحَديثُ مَشهورٌ، تلقَّته العُلَماءُ بالقَبول، فتَجوزُ الزِّيادةُ به على كِتاب اللهِ تَعالى، ولئن كان من الآحاد فقد وَرَد مُخصِّصًا للكِتاب، وتَخصيصُ عامٍّ ثَبَت خُصوصُه جائِزٌ، وقد خُصَّت الْمَجوسيّةُ والوَثَنيّةُ من قَوله تَعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾،

---

(١) روى البخاري (٥١٠٨) عن جابر رضي الله تعالى عنه قال: نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها.

وروى مسلم (١٤٠٨) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها».

وروى أيضًا: عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «لا تنكح العمة على بنت الأخ، ولا ابنة الأخت على الخالة».

وروى أبو داود (٢٠٦٥) والترمذي (١١٢٦) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على بنت أختها، ولا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى».

وروى النسائي في «الكبرى» (٥٤٠٧) عن أبي هريرة قال: «لا تزوج المرأة على عمتها، ولا على خالتها، -قال:- ولا تزوج على ابنة أخيها ولا ابنة أختها».

[النِّساء: ٢٤]، فنَخُصُّ هذه الصُّوَرَ[1] بهذا الخبَرِ.

ولا يُجمَعُ بينَ امرأتَين أيّةٌ فُرِضت ذكَرًا لم يَجُز له نِكاحُ الأُخرى، كما ذَكَرنا من الصُّوَر؛ لأن بينَهما رَحِمًا يُفترَضُ وصلُها، فيَحرُمُ قطعُها، وفي الجَمع بينَهما قَطيعةُ الرَّحِمِ؛ إذ الْمُعاداةُ مُعتادةٌ بينَ الضَّرائرِ.

ولو كانَت الْمَحرَميّةُ بسَبَب الرَّضاعِ: تَحرُمُ؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَحرُمُ من الرَّضاع ما يَحرُمُ من النَّسَب»[2].

ولا بأسَ بأن يَجمَعَ بينَ امرَأةٍ وبنتِ زوجٍ كان لها من قبلُ، وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجوزُ.

هو يَعتبرُ ثُبوتَ الحُرمةِ من أحَد الجانِبَين، وابنةُ الزَّوجِ لو قَدَّرتَها ذكَرًا لم تَجُز له لأنّها امرَأةُ أبِيه.

ولنا: أن حُرمةَ الجمعِ لصَون القَرابةِ عن القَطيعة، وهذا إنما يَتحقَّقُ إذا تَحقَّقت الحُرمةُ من الجانِبَين؛ لأن حُرمةَ القَرابةِ تَثبُتُ من الجانِبَين، فأما إذا ثَبَتت في أحَد الجانِبَين: فتلك حُرمةُ الصِّهريّةِ، فلا تكونُ مُفضِيةً إلى القَطيع.

فإن قِيل: بينَهما مَحرَميّةٌ بالْمُصاهَرة، فيَحرُمُ الجمعُ، كما لو كان بينَهما مَحرميّةٌ نسَبًا أو رَضاعًا.

قُلنا: الْمَحرَميّةُ عِبارةٌ عن حُرمة التَّناكُحِ من الجانِبَين، كما في الأُختَين نسَبًا أو رَضاعًا، ولم يُوجَد هنا؛ لأنّا متى فَرَضنا امرَأةَ الأبِ ذكَرًا لا تَحرُمُ الْمُناكَحةُ؛ لأنه متى كان ذكَرًا لم تكن امرَأةَ الأبِ.

---

(١) في (هـ) و(ز): الصورة.

(٢) تقدم تخريجه.

وبِنتِ مَن زَنَى (ف) بها مُشتهاةً(س)، أو مَسَّها(ف)، أو نَظَرَ (ف) إلى قُبُلِها، بشهوةٍ، وأُمِّها(١).

ومن زَنى بامرَأةٍ حَرُمت عليه أُمُّها وابنتُها.

فالزِّنى يُوجِبُ حُرمةَ الْمُصاهَرةِ، أي يَثبُتُ بها حُرُماتٌ أربَعٌ: تَحرُمُ هي على آباء الواطِئ وإن عَلَوا، وعلى أَولاده وإن سَفَلوا، ويَحرُمُ على الواطِئ أُمّهاتُها وإن عَلَون، وبَناتُها وإن سَفَلن.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الزِّنى لا يُوجِبُ حُرمةَ الْمُصاهَرةِ؛ لأنها نِعمةٌ؛ لأن اللهَ تَعالى منَّ علينا بها كما منَّ بالنَّسب، فقال تَعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفُرقَان : ٥٤]، والحَكيمُ إنما يَمُنُّ بالنِّعمة.

ولأن الأجنَبيّةَ بها تُلحَقُ بالأُمَّهات، حتى يَخلو بها ويُسافِرُ بها، والزِّنى سببُ العُقوبةِ، فأنّى يَستقيمُ تَعليقُ النِّعمةِ به؟!

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النِّسَاء : ٢٢].

أي لا تطَؤُوا ما وَطِئ آباؤُكم؛ لأن النِّكاحَ حَقيقةٌ للوَطء، ومُستعارٌ للعَقد، قال الشّاعرُ:

كبِكرٍ تَشَهَّى(٢) لَذيذَ النِّكاحِ ... وتَهرُبُ عن(٣) صَولةِ النّاكِحِ

وقال:

.... والنّاكِحين بشَطّي دِجلةَ البَقرا

(١) أي لا يجوز الجمع بين البنت المذكورة آنفًا وأمها.

(٢) في سوى (د): تحبُّ.

(٣) في (هـ): من.

ومُطلَقُ الكَلامِ لحَقيقته.

ولأنه في اللُّغة[1]: للضَّمّ، قال:

أنكَحتُ صُمَّ حَصاها خُفَّ يَعمَلةٍ ....

وحَقيقتُه في الوَطء؛ لأنهما يَصيران كشخصٍ واحِدٍ حالَ ذلك الفعلِ.

ويَثبُتُ الازدِواجُ حُكمًا بالعَقد لا حَقيقةً؛ لأنه سببٌ للانضِمام الحَقيقيِّ؛ فإن حِلَّه بالعَقد في الأَصل.

و﴿مَا نَكَحَ﴾ بمَعنى: من نكَح؛ لأنه قال بعدَه: ﴿مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾، وهو بَيانٌ لما سَبَق ذِكرُه مُبهَمًا، فالنَّصُّ يَقتَضي حُرمةَ وطءِ مَنكوحةِ الأبِ مُطلَقًا، فلا يُقيَّدُ بالحَلال؛ كيلا يَصيرَ زِيادةً على الكِتاب.

ولأن الوطءَ الحَرامَ مُؤثِّرٌ في إفادة حُرمةِ الْمُصاهَرةِ، كالوَطء الحَلالِ.

وهذا لأن الحَلالَ ما كان سببًا للحُرمة؛ لأنه حَلالٌ، فكم من مُباحٍ لا يَصلُحُ سببًا لهذا الحُكمِ، بل لكَونه سببًا للجُزئيّة[2] بواسِطة الولَدِ، والحَرامُ شارَك الحَلالَ في السَّببيّة، فيُشارِكُه في الحُرمة.

وهذا لأن الوطءَ الحَلالَ يَجعَلُ أُصولَها وفُروعَها كأُصوله وفُروعِه، وأُصولَه وفُروعَه كأُصولها وفُروعِها من وجهٍ.

بَيانُه: أن الولَدَ جُزءُ الواطِئِ؛ لأن بعضَه جُزؤُه حَقيقةً، والبعضُ الآخَرُ جُزؤُه مَعنًى، حتى تَثبُتُ أحكامُ البَعضيّةِ في الكلِّ من العَتق والإرثِ وغيرِهما، وكذا في جانِبِها، ولهذا

---

(١) في (ب): الحقيقة.

(٢) في (ب) و(هـ): للحرمة.

يُضافُ الولَدُ إلى كلِّ واحِدٍ منهما كمَلًا، فيُقالُ: هذا ولَدُ فلانٍ وفُلانةَ، والولَدُ اسمٌ للكلّ.

ومتى ثَبَتت الجُزئيّةُ بينَ كلِّ واحِدٍ منهما وبينَ الولَدِ.. ثَبَتت بينَه وبينَها بواسِطة الولَدِ حُكمًا ضَرورةً[1]؛ إذ[2] بعضُ الولَدِ جُزؤُها، وقد أُضِيف كلُّ الولَدِ إليه، فكان جُزؤُها مُضافًا إليه ضَرورةً، وكذا هذا الاعتِبارُ في الجانِب الآخرِ، وهو أمرٌ حقيقيٌّ لا يَختلِفُ بحِلِّ السَّبَبِ وحُرمتِه.

فصارَت أُمُّ الْمَوطوءةِ وبَناتُها في مَعنى أُمّهاتِه وبَناتِه من وجهٍ؛ لأن أُمَّ الْمَوطوءَةَ جَدّةُ هذا الولَدِ، فتكونُ أصلَ أصلِ هذا الولَدِ[3]، وكان الولَدُ في مَعنى فرعِ فرعِها، ولا يُتصوَّرُ كونُه في مَعنى فرعِ فرعِها إلا إذا كان الواطِئُ فرْعَها مَعنًى، وأُمُّ الْمَوطوءةِ أصلَه؛ لأنها ما لم تكن أصلَه استَحال أن تكونَ أصلَ أصلِ فرعِه.

وكذا هذا الاعتِبارُ في جانِب البِنتِ.

والأُمُّ والبِنتُ من وجهٍ حَرامٌ، كالأُمِّ والبِنتِ من كلِّ وجهٍ؛ ألا تَرى أن الشَّرعَ حَرَّم أُمَّ الرَّضاعِ مع أنها ليست أصلَ كلِّه، بل هي أصلُ جُزئِه باعتِبار إنباتِ اللَّحمِ وإنشازِ العظمِ بالرَّضاعِ.

وإنما لم تَحرُم الْمَوطوءةُ: لأن عمَلَها كعَمَل حَقيقةِ البَعضيّةِ، وهي تُوجِبُ الحُرمةَ في غَير مَوضِعِ الضَّرورةِ لا في مَوضِعها؛ ألا تَرى أن حَوّاءَ رَضِيَ اللهُ عَنها خُلِقت من آدمَ عَلَيهِ السَّلَامُ[4]، وكانَت بعضَه حَقيقةً، وهي حَلالٌ له للضَّرورة، فكذا البَعضيّةُ الحُكميّةُ

---

(١) في (هـ): بلا ضرورة.

(٢) في (ز): أن.

(٣) في (هـ): فيكون أصل هذا الولد أصلها.

(٤) روى البخاري (٣٣٣١) ومسلم (١٤٦٨) عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنهُ قال: قال رسول الله =

تُوجِبُ الحُرمةَ في غَير مَوضِعِ الضَّرورةِ، وفي حقِّ الْمَوطوءةِ ضَرورةٌ؛ لأنها لو حَرُمت لما حَلَّت مَنكوحةٌ[1].

والزِّنى من حيث إنه سبَبُ الولَدِ ليس بحَرامٍ؛ لأنه من هذا الوجهِ سببُ البَقاءِ، وأسبابُ البَقاءِ مَشروعةٌ، وإنما حَرُم من حيث إنه تَضمَّن آثارًا فاسِدةً، كسَفح الماءِ على سَبيل التَّضييعِ، وإفسادِ الفَراشِ، وهو من هذا الوجهِ ليس بسبَبٍ لحُرمة الْمُصاهَرةِ.

وبهذا تَبيَّن أنه لا تَمسُّكَ له بقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الحَرامُ لا يُحرِّمُ الحَلالَ»[2]؛ لأن الحُرمةَ ما[3] نِيطت بالزِّنى من حيث إنه حَرامٌ، بل من حيث إنه سببُ الولَدِ وقائِمٌ مَقامَه، ولا عِصيانَ ولا عُدوانَ فيه.

وما قام مَقامَ غيرِه فإنما يَعمَلُ عمَلَ الأصلِ، كالتُّراب لما قام مَقامَ الماءِ نُظِر إلى كَون الماءِ مُطهِّرًا، وسَقَط وصفُ التُّرابِ، فكذا هنا يُهدَرُ وصفُ الزِّنى بالحُرمة؛ لقِيامه مَقامَ ما لا يُوصَفُ بها، وهو الولَدُ.

فإن قِيل: ما ذَكَرتُم أن الولَدَ يُضافُ إلى كلِّ واحِدٍ منهما كَملًا مَمنوعٌ؛ لأنه ليس

= صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «استوصوا بالنساء، فإن المرأة خلقت من ضلع، وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، وإن تركته لم يزل أعوج، فاستوصوا بالنساء».

(١) في (ب): منكوحته.

(٢) روى الدارقطني (٣٦٨٠) عن عائشة قالت: سئل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن رجل زنى بامرأة، فأراد أن يتزوجها أو ابنتها، قال: «لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان بنكاح».

ورواه ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١٠٣١) عن عائشة قالت: سئل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن رجل يتبع المرأة حرامًا، أينكح ابنتها؟ أو يتبع الابنة حرامًا، أينكح أمها؟ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يحرم الحلال الحرام، إنما يحرم ما كان بنكاح حلال».

(٣) في (ب): إنما.

بوَلَده، فكيف يُضافُ إليه؟! ألا يُرى أنه صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أثبَت للزّاني الحجَرَ في مَوضِع الحاجةِ إلى بَيان حُكمِ الولَدِ، وجَعَل كلَّ الولَدِ مَنسوبًا إلى صاحِب الفِراشِ[1].

ولأن الجُزئيّةَ بالتَّفرُّع، وكلُّه لم يَتفرَّع عنه، بل بعضُه مُتفرِّعٌ عنها، فإذا لم يَتفرَّع كلُّه منه كيف يَكونُ الكلُّ جُزءَه؟!

والْمُرادُ بإضافته إليه بعضُه؛ لأن إطلاقَ اسمِ الكلِّ على البَعض شائعٌ[2]، فعُلِم أن بعضَ الولَدِ جُزؤُه.

وأُمُّ الْمَوطوءةِ ليست بأصلٍ لهذا القدرِ الذي هو جُزءُ الواطِئِ، فلا تَصيرُ أُمُّ الْمَوطوءةِ في مَعنى أُمِّه، ولئن صارَت أُمَّه من وجهٍ فلا نُسلِّمُ أن الأُمَّ من وجهٍ حَرامٌ، وكيف تَحرُمُ والأُمُّ من وجهٍ دونَ الأُمِّ من كلِّ وجهٍ؟! فتَحريمُ الأُمِّ من كلِّ وجهٍ لا يَدُلُّ على تَحريم الأُمِّ من وجهٍ.

والأُمّ رَضاعًا حُرِّمت بالنَّصّ[3]، ولم تُحرَّم استِدلالًا بالأُمِّ من كلِّ وجهٍ.

قُلنا: كلُّ الولَدِ جُزؤُه؛ لأن أحكامَ البَعضيّةَ تَثبُتُ لكلِّه لا لبَعضه، ولهذا يَعتِقُ كلُّه،

---

(١) روى البخاري (٢٠٥٣) ومسلم (١٤٥٧) عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قالت: كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص: أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي، قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، فقال سعد: يا رسول الله! ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «هو لك يا عبد بن زمعة»، ثم قال النبي صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»، ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «احتجبي منه» لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله.

(٢) في (أ): سائغ.

(٣) في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣].

وعلى ما زَعَمتَ يَجِبُ أن يَعتِقَ بعضُه، وتَجِبَ نَفَقةُ كلِّه ولو بعدَ الفُرقةِ.

ولا نَدَّعي بأن كُلَّه تفرَّع منه حَقيقةً؛ لأنه لا نِزاعَ في الحَقائِق، بل نَدَّعي أنه في مَعنى الْمُتفرِّعِ منه؛ لأن بعضَه مُتفرِّعٌ منه حَقيقةً، وقد اختَلَط بعضُها بذلك البعضِ على وجهٍ لا يَتميَّزُ، وصارا بالاختِلاط كشيءٍ واحِدٍ.

وكلُّ[1] حُكمٍ ثَبَت لبَعضه الْمُتفرِّعِ منه ثَبَت لبَعضها الْمُختلِطِ ببَعضه؛ ضَرورةَ عدَمِ التَّميُّزِ[2]، فكأن الكلَّ تفرَّع منه.

وإنما أثبَتنا الحُرمةَ هنا: استَدلالًا بالأمِّ رَضاعًا؛ لأنها أُمٌّ من وجهٍ، ولأنها لما كانَت أُمًّا من وجهٍ كانَت حَرامًا من وجهٍ، فتَحرُمُ احتِياطًا.

ومن فُروع هذه الْمَسألةِ: ابنتُه من الزِّنى، بأن زَنى ببِكرٍ، وأمسَكها حتى وَلَدت ابنةً، فإن نِكاحَها يَحرُمُ عليه عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها بِنتُه حَقيقةً، فتَحرُمُ عليه؛ لقَوله[3] تَعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾.

فإن قِيل: لو كانَت بِنتَه لوَجبت النَّفَقةُ، ولثَبَت التَّوارُثُ، ولصارَت أُمُّها أُمَّ ولَدٍ له، فلما لم تَثبُت هذه الأحكامُ عَرَفنا أن هذه غيرُ مُضافةٍ إليه على الإطلاق، والدّاخلُ تحتَ النَّصِّ البِنتُ الْمُضافةُ إليه على الإطلاق، فإذا لم تُوجَد لم تَدخُل تحتَ نصِّ التَّحريمِ، فبَقِيت داخِلةً تحتَ نصِّ الإباحةِ.

قُلنا: لما كانَت مَخلوقةً من مائه[4] كانَت مُضافةً إليه من كلِّ وجهٍ، وهذه الأحكامُ

---

(١) في (هـ) و(ز): فكل.

(٢) في (ز) و(هـ): التمييز.

(٣) في (د): بقوله.

(٤) في (د): من ماء الزنى.

إن لم تَثبُت فلا تَدُلُّ على عَدَم الإضافةِ؛ ألا ترى أن الابنَ الكافِرَ لا يَرِثُ، ولا يَستحِقُّ النَّفَقةَ على الأَخ[1] المُسلِمِ، ولا خلَلَ في الإضافة.

فدَلَّ أن عدمَ هذه الأحكامِ لا يَدُلُّ على الاختِلال في الإضافة، بل عدمُها لعَدَم شرطِها، على أن الحُرمةَ مما يُحتاطُ في إثباتها متى دارَت بينَ الثُّبوتِ وعدَمِه.

ومن مسَّته امرَأةٌ بشَهوةٍ حَرُمت عليه أُمُّها وابنتُها، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَحرُمُ.

وعلى هذا الخِلافِ: مسُّه امرَأةً بشَهوةٍ، ونظَرُه إلى فَرجها، ونظَرُها إلى ذَكَره.. بشَهوةٍ، سَواءٌ حَصَل في المِلك أو في غَيره؛ لأن المسَّ والنَّظَرَ لا يَفسُدُ بهما الصَّومُ والحجُّ، ولا يَجِبُ بهما الاغتِسالُ والحدُّ، فلا يَكونان في مَعنى الوطءِ، فلا يَتعلَّقُ بهما ما يَتعلَّقُ بالوَطء.

ولنا: أنهما داعِيان إلى الوَطء، وأمكَن التَّحرُّزُ عنهما، فيَقومان مَقامَ الوطءِ في حقِّ الحُرمةِ احتِياطًا، دَليلُه النِّكاحُ.

بخِلاف النَّظَرِ إلى سائِر البدَنِ؛ فإنه لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، فسَقَط اعتِبارُه.

والمسُّ بشَهوةٍ: أن تَنتشِرَ الآلةُ، وإن كانت مُنتشِرةً أن تَزدادَ انتِشارًا.

وقِيل: أن يَشتهيَ بالقَلب، وذا لا يُعرَفُ إلا بقَوله؛ لأن من النّاس من لا تَنتشِرُ آلتُه أصلًا.

والمُعتبرُ النَّظَرُ إلى الفَرج الدّاخلِ، ولا يَتحقَّقُ ذلك إلا إذا كانَت مُتَّكِئةً[2].

ولو مسَّ فأنزَل لا يُوجِبُ الحُرمةَ في الصَّحيح؛ لأنه تَبيَّن بالإنزال أنه غيرُ داعٍ إلى الوَطء.

وعلى هذا: إتيانُ المَراةِ في الدُّبُر، ووطءُ صَغيرةٍ لا تُشتهى؛ لأن الجُزئيّةَ لا يُوقَفُ

(١) في (ب): الأب.

(٢) في (هـ): منكبة.

عليها، فأُقِيم السَّببُ الظّاهرُ مُقامَها، وهو الوطءُ في محَلِّ الحرثِ.

وفي وَطء الصَّغيرةِ خِلافُ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وأُختِ مُعتدّتِه(س م ف)، ومَن حَرُم الجمعُ.

ولا يَجوزُ نِكاحُ أُختِ مُعتدّتِه، سَواءٌ كانَت العِدّةُ عن طَلاقٍ رَجعيٍّ أو بائِنٍ أو ثَلاثٍ، أو عن نِكاحٍ فاسِدٍ، أو شُبهةٍ، أو عن عَتقٍ في أُمِّ الولَدِ.

وكما لا يَجوزُ له أن يَتزوَّجَ أُختَها في عِدّتها فكذا لم يَجُز له أن يَتزوَّجَ أحدًا من ذَوات الْمَحارِمِ التي لا يَجوزُ الجمعُ بينَهما.

وكذا لا يَحِلُّ له أن يَتزوَّجَ أربعًا سِواها؛ لأن الجمعَ بينَ الخمسِ حَرامٌ، كما بينَ الأُختَين.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كانَت العِدّةُ عن طَلاقٍ بائِنٍ أو ثَلاثٍ: يَجوزُ؛ لأن الْمُحرَّمَ هو الجمعُ بينهما نِكاحًا؛ صِيانةً للرَّحِم عن القَطيعة، ولا جمعَ؛ لبُطلان النِّكاحِ بالكُلّيّة؛ لوُجود القاطِعِ، وهو الطَّلاقُ البائِنِ أو الثَّلاثِ.

ولهذا لو وَطِئها وقال: (عَلِمتُ أنها عليَّ حَرامٌ): يُحَدُّ، ولو كانَت شُبهةُ النِّكاحِ قائِمةً لكانَت شُبهةُ الحِلِّ ثابِتةً، ولا حدَّ مع شُبهةِ الحِلِّ.

ولنا: أن نِكاحَ الأُولى قائِمٌ من وجهٍ؛ لبَقاء بعضِ أحكامِه، كالنَّفَقة، والفِراشِ، والمنعِ من الخُروج والتَّزوُّجِ، فيَكونُ جمعًا من وجهٍ، فتَحرُمُ من وجهٍ، فتَحرُمُ احتياطًا.

وهذا لأنّا نَعني بقِيام النِّكاحِ قِيامَ حُكمِه؛ لأن قولَه: (زَوَّجتُ) و(تزَوَّجتُ) كما وُجِد تَلاشى واضمَحَلّ.

وحُكمُه الاختِصاصُ، وهو أن يَكونَ الزَّوجُ أحقَّ بها استِمتاعًا وإمساكًا، وقد بَقِي الاختِصاصُ إمساكًا، فكان النِّكاحُ قائِمًا من وجهٍ.

على أن الاختِصاصَ إنما يَثبُتُ بقَضِيّة النِّكاحِ؛ تَحقيقًا لِمَقاصِده، ومُعظَمُها ثَباتُ

النَّسَبِ، وهو قائِمٌ.

والحدُّ لا يَجِبُ على إشارة كِتاب الطَّلاقِ، فلنا أن نَمنَعَ، وعلى عِبارة كِتابِ الحُدودِ يَجِبُ؛ لأن الْمِلكَ زائِلٌ في حقِّ الحِلِّ، فكان الزِّنى مُتحقِّقًا، ولم يَزُل في حقِّ ما ذَكَرنا، فصار جامِعًا نظَرًا إليه.

وقالا: يَجوزُ نِكاحُ أُختِ أُمِّ الولَدِ في عِدّتها؛ لأنه يَملِكُ تزوُّجَ أُختِها قبلَ العَتقِ، فبعدَه أَولى؛ لأن حُكمَ الأثَرِ لا يَربو على حُكم الحَقيقةِ، ولأن الوطءَ حَلالٌ قبلَ العَتقِ، حَرامٌ بعدَه.

وله: أن فِراشَ أُمِّ الولَدِ قبلَ العَتقِ ضَعيفٌ؛ لأنه يَملِكُ نقْلَه إلى غَيره بالتَّزويج، وبعدَه قَوِي فِراشُها، حتى لا يَملِكُ نقْلَه، فصار كفِراش الْمُعتدّةِ عن نِكاحٍ.

ثم عندَهما: لا يطَأُ الْمَنكوحةَ حتى تَمضيَ عِدّةُ الْمُعتَقةِ[1]؛ كيلا يَصيرَ جامِعًا بينَهما وطئًا حُكمًا.

وأمتِه، وسَيِّدِته.

ولا يَتزوَّجُ الْمَولى أمتَه، ولا الْمَرأةُ عبدَها؛ لأن مِلكَ الْمُتعةِ ثابِتٌ للمَولى قبلَ النِّكاحِ، فيُؤدِّي إلى إثبات الثّابتِ، ونِكاحُ الْمَرأةِ عبدَها يُفضِي إلى الجَمع بينَ الْمُتنافِيَين؛ لأنها مالِكةٌ له، فلو صحَّ النِّكاحُ لصار الْمَملوكُ مالِكًا، والمالِكةُ مَملوكةً[2].

ولأن مِلكَ النِّكاحِ يُثبِتُ ثَمَراتٍ مُشتركةً بينَهما، حتى كان لها أن تُطالِبَه بالوَطء، كما له أن يُطالِبَها بالتَّمكين، ومِلكُ أحدِهما صاحِبَه يَنفي وُقوعَ الثَّمَرةِ مُشتركةً.

وإذا انتفت الثَّمَرةُ انتفى الْمِلكُ؛ لأن الْمِلكَ ما شُرِع لعَينه في باب النِّكاحِ، بل لتَحقيق الثَّمَراتِ، وإذا انتفى الْمِلكُ انتفى النِّكاحُ؛ لأن أحكامَ العُقودِ إذا انتفت انتفت

(١) في (د): المتعة.

(٢) في (هـ): والمملوكة مالكة.

العُقودُ؛ ألا تَرى أن نِكاحَ الْمَحارِمِ لا يَثبُتُ لانتِفاء مُوجَبِ العقدِ.

والْمَجوسيّةِ، والوَثَنيّةِ.

ولا يَجوزُ تَزويجُ الْمَجوسيّات؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «سُنُّوا بالْمَجوس سُنّةَ أهلِ الكِتابِ، غيرَ ناكِحي نِسائِهم، ولا آكِلي ذَبائحِهم»[1]، أي اسلُكوا بهم طَريقَهم، يَعني: عامِلوهم مُعامَلةَ هؤلاء في إعطاء الأمانِ بأخذ الجِزيةِ.

ولا الوَثَنيّات؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٢١].

والْمُشرِكةُ لا تَتناوَلُ الكِتابيّةَ؛ لاختِصاصها باسمٍ آخرَ؛ ألا تَرى أن اللهَ تَعالى عَطَفَ الْمُشرِكين على أَهل الكِتابِ بقَوله: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البَيِّنَة: ١]، والعطفُ يَقتَضي الْمُغايرةَ.

وحَلَّ نِكاحُ الكِتابيّةِ(ك)[2]، والصابِئةِ(س م)[3]، والْمُحرِمةِ(ف)، ولو مُحرِمًا(ف)[4]، والأمةِ

---

(١) رواه الإمام مالك ١/ ٢٧٨، وابن أبي شيبة (١٠٧٦٥)، والبزار (١٠٥٦)، والطبراني (١٠٥٩).

(٢) الكتابي: هو الكافر الذي تديَّن ببعض الأديان السماوية، كاليهود والنصارى. «التعريفات الفقهية» ص١٨٠.

(٣) صبأ من دين إلى دين يصبأ، مهموز بفتحتين: خرج فهو صابئٌ، ثم جُعِل هذا اللَّقبُ عَلَمًا على طائفة من الكفار يقال إنها تعبد الكواكب في الباطن، وتُنسب إلى النصرانية في الظاهر، وهم الصابئة والصابئون، ويدَّعون أنهم على دين صابئ بن شيث بن آدم.

ويجوز التخفيف فيقال: الصابون، وقرأ به نافع. «المصباح» ١/ ٣٣٢.

الصابئة: قوم يزعمون أنهم على دين نوح عَلَيْهِ السَّلَامُ، وقِبلَتُهم مهَبُّ الشمال عند منتصف النهار. «التوقيف» ص٢١١.

الصابئة: قوم يعبدون الملائكة، وقيل: هم طائفة من اليهود، وقيل: من النصارى. «لغة الفقهاء» ص٢٦٩.

(٤) أي ولو كان الناكح محرمًا أيضًا.

ولو مُحرِمًا، والأمةِ ولو كِتابيّةً(ف)، ومَلَك طَولَ[1] الحُرّةِ(ف)، والحُرّةِ على أمةٍ، لا عكسُه، ولو في عِدّة(س م) الحُرّةِ.

وحلَّ نِكاحُ الكِتابيّاتِ، إسرائيليّةً أو غيرِها؛ لقَوله[2] تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المَائدة: ٥].

والآيةُ سِيقت لبيان نِكاحِ الكِتابيّاتِ؛ لأنه قال: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المَائدة: ٥].

ولا فرقَ بينَ الكِتابيّةِ الحُرّةِ والأمةِ؛ لإطلاق النَّصِّ.

فإن قِيل: فَسَّر مُجاهِدٌ الْمُحصَناتِ بالحَرائِر[4].

قُلنا: الْمُحصَناتُ هنَّ العَفائفُ، كذا فَسَّره الحسَنُ والسُّدِّيُّ والشَّعبيُّ[5].

والعِفّةُ ليست بشرطٍ أيضًا، وإنما قُيِّد بها للعادة، ولئن كانَت شرطًا فانتِفاؤُه لا يَدُلُّ على عَدَم الجَوازِ؛ لما عُرِف، فيَثبُتُ الجَوازُ بالنُّصوص الْمُطلَقةِ، وهي قولُه تَعالى:

---

(١) طال على القوم يطول طَولاً -من باب قال-: إذا أفضَلَ، فهو طائل، وأطال بالألف وتَطَوَّل كذلك، وطَوْلُ الحرة مصدر في الأصل من هذا؛ لأنه إذا قَدَر على صداقها وكُلْفَتِها فقد طال عليها.

وقال بعض الفقهاء: طَوْلُ الحرة ما فَضَل عن كفايته، وكفى صرفه إلى مؤن نكاحه، وهذا موافق لما قاله الأزهري، نزل قوله تعالى ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٥] فيمن لا يستطيع طَوْلًا، وقيل: الطَّول الغنى، والأصل أن يُعَدّى بإلى، فيقال: وجدتُ طَولًا إلى الحرة، أي سَعَةً من المال؛ لأنه بمعنى الوُصلة، ثم كثُر الاستعمال فقالوا: طَوْلًا إلى الحرة، ثم زاد الفقهاء تخفيفه فقالوا: طَوْل الحرة، وقيل: الأصل طَولًا عليها. «المصباح» ٢/ ٣٨١.

(٢) في (ز): بقوله.

(٤) رواه الطبري في «تفسيره» ٨/ ١٣٩.

(٥) انظر «تفسير» الطبري» ٨/ ١٤٢.

﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾ [النِّسَاء: ٣]، وقولُه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «تَناكحَوا»(١)، وغيرُ ذلك(٢).

وأما الصَّابئاتُ: فتَجوزُ للمُسلِم عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ، ويُكرَهُ، ولا يَجوزُ عندَهما، وكذلك ذَبائحُهم.

وهذا الاختِلافُ بِناءً على أنه وَقَع عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ أنهم قومٌ من النَّصارى، يَقرؤُون الزَّبورَ، ويُعظِّمون بعضَ الكَواكبِ كتَعظيمنا القِبلةَ، وهما جَعَلا تَعظيمَهم لبَعض الكَواكبِ عِبادةً منهم لها، فكانُوا كعَبَدة الأوثانِ.

ويَجوزُ للمُحرِم والْمُحرِمةِ أن يَتزوَّجا في حالة الإحرامِ؛ لعُموم قولِه تَعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾ [النِّسَاء: ٢٤]، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يَجوزُ.

وتَزويجُ الْمُحرِمِ ولِيَّتَه على هذا الخِلافِ.

له: حَديثُ عُثمانَ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ أنه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قال: «لا يَنكِحِ الْمُحرِمُ ولا يُنكِحْ(٣)»(٤).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) مما مر أول الكتاب هذا.

(٣) بضم الياء وكسر الكاف، من الإنكاح، ومعناه: لا يُنكِح غيره، أي لا يعقد على غيره، ووجهه أنه لما كان ممنوعًا من نكاح نفسه مدة الإحرام: كان معزولًا تلك المدة أن يعقد لغيره، وشابه المرأة التي لا تعقد على نفسها وعلى غيرها. «عمدة القاري» ١٠/ ١٩٥.

وفي «المغرب» ص٤٧٣: وفي الحديث: «لا ينكح المحرم ولا ينكح»، وهذا خبر في معنى النهي. انتهى.

وقال البيضاوي في «تحفة الأبرار» ٢/ ١٨١: جاءت الرواية في الكلمات الثلاث بالنهي والنفي، والأول أصح، والثاني محمول عليه.

وسيأتي أن الأوجه ضبط الحديث هكذا: «لا يَنكِحِ الْمُحرِمُ ولا يُنكَحْ».

(٤) روى مسلم (١٤٠٩) عن عثمان بن عفان قال: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «لا يَنكح =

ولنا: ما رَوى ابنُ عبّاسٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا: أنه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ تزوَّج مَيمونةَ وهو مُحرِمٌ(١).

وحَديثُ عُثمانَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ محمولٌ على الوَطء؛ لأن النِّكاحَ للوَطء حَقيقةٌ، وللعَقد مَجازٌ، أي لا يطأُ الْمُحرِمُ، ولا تُمكِّنُ الْمَرأةُ من الوَطء.

وهو ضَعيفٌ؛ لأن التَّمكينَ من الوَطء لا يُسمّى إنكاحًا، مع اختِلالِه إعرابًا، لكنه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أخبَر عن مُعتاد أحوالِ الْمُحرِمين أنهم في إِحرامهم لا يَشتغِلون بالنِّكاح والإنكاحِ، ولا يُباشِرون ذلك، كما قال صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ إنهم شُعْثٌ غُبْرٌ(٢)، لا يَشتغِلون بالاغتِسال؛ شَغلًا بأَعمال الحجِّ.

وإن كان الاغتِسالُ بالماء القَراحِ لا بأسَ به.. فكذلك أمرُ النِّكاحِ؛ لأنه عقدٌ يُصارُ إليه عندَ الفَراغِ؛ لما فيه من الخِطبة، والخُطبةِ، ومُراوَداتٍ، ودَعوةٍ، واجتِماعاتٍ.. لا تَتحقَّقُ إلا عندَ الفَراغِ.

وإذا حُمِل على وِفاق العادةِ لم يَتعلَّق به حُكمٌ.

والأوجه(٣) أن يُقالَ: الحَديثُ يُروى بالنَّهي مَجزومًا، وهو اختِيارُ الخَطّابيِّ، والنَّهيُ يَكونُ للتَّنزيه، فحُمِل عليه توفيقًا بينَ الحَديثَين، ولئن رُوِي مَنفيًّا فالنَّفيُ يَجيءُ بمَعنى النَّهيِ.

=المحرم، ولا يُنكَح، ولا يَخطُبُ».

(١) رواه البخاري (١٨٣٧)، ومسلم (١٤١٠).

(٢) تقدم في الحج سؤال الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن الحاج، فقال النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «الشَّعِث التَّفِل» ومن الأحاديث التي ذكر فيها اغبرار الحاج مع شعثه ما رواه الإمام أحمد (٧٠٨٩) عن عبد الله بن عمرو بن العاصي: أن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ كان يقول: «إن الله عَزَّوَجَلَّ يباهي ملائكته عشية عرفة بأهل عرفة، فيقول: انظروا إلى عبادي أتوني شعثًا غبرًا»..

(٣) في (د) و(هـ): ولا وجه.

ويَجوزُ تزوُّجُ الأمةِ، مُسلِمةً كانَت أو كِتابيّةً، وإن قَدَر على حُرّةٍ.

والكَلامُ في فصلَين:

أحَدُهما: أن نِكاحَ الأمةِ الكِتابيّةِ جائزٌ عندَنا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَجوزُ للحُرِّ أن يَتزوَّجَ بأمةٍ كِتابيّةٍ؛ لأن نِكاحَ الإماءِ ضَروريٌّ عندَه؛ لأن فيه إرقاقَ[1] ولَدِه؛ لأن الولَدَ جُزءٌ منه[2]، وهو يَتبَعُ الأُمَّ في الرِّقِّ.

والإرقاقُ إهلاكٌ حُكمًا؛ لأن الرَّقيقَ كالهالِك: إذ الرِّقُّ أثَرُ الكُفرِ، وهو موتٌ حُكمًا، قال اللهُ تَعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢]، أي كافِرًا فهَدَيناه.

ولهذا كان الإعتاقُ إحياءً، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لن يَجزيَ ولَدٌ والِدَه إلا أن يَجِدَه مَملوكًا فيَشتريَه فيُعتِقَه»[3].

وهذا لأن الأبَ سبَبٌ لحَياته، فإنما يَصيرُ مُجازِيًا له إذا سَبَّب[4] لحَياته، وذا بالشِّراء.

والإهلاكُ حُكمًا كالإهلاك حَقيقةً، إلا أنه إذا خَشِي العنَتَ أُبيح له؛ ضَرورةَ صِيانةِ نفسِه عن الزِّنى؛ لأن الاجتِنابَ عنه فرضٌ عليه، فتَسقُطُ حُرمةُ الإرقاقِ لذلك، وقد اندَفَعت الضَّرورةُ بالمُسلِمة، فلا تُباحُ الكِتابيّةُ.

ولنا: أن جَوازَ نِكاحِ الإماءِ مُطلَقٌ لا ضَروريٌّ؛ لإطلاق النُّصوصِ، منها: قولُه تَعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النِّساء: ٣]، ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٤].

---

(١) في (ب): لأن فيه الإرقاق تعريض ولده للرق، وفي (ز): لأن فيه تعريض إرقاق ولده للرق، وفي نسخة على حاشية (ز): لأن فيه تعريض ولده للرق.

(٢) في (ز): جزؤه.

(٣) رواه مسلم (١٥١٠).

(٤) في (ز) و(هـ): تسبب.

ولأن النّكاحَ يَختَصُّ بمحَلِّ الحِلِّ، والأمةُ من الْمُحلَّلات في حقِّ الحُرِّ، كالحُرّة، فكان جَوازُ نِكاحِها أصلًا لا ضَرورةً.

والأمةُ الكِتابيّةُ تَحِلُّ بمِلك اليَمينِ، فتَحِلُّ بمِلك النّكاحِ، كالْمُسلِمة، وعكسُه الْمَجوسيّةُ.

قولُه: فيه إرقاقُ الولَدِ.

قُلنا: إرقاقُ الولَدِ ولا ولَدَ مُحالٌ، وبعدَما حَدَث لا يَصدُرُ منه شيءٌ حتى يُقالَ بأنه إرقاقٌ، فعُلِم أنه ليس فيه إرقاقُ الولَدِ.

ولئن قال: فيه امتِناعٌ عن تَحصيل الجُزءِ الحُرِّ.

قُلنا: هذا ليس بحَرامٍ: لأنه بسَبيلٍ من أن لا يَحصُلَ الأصلُ بالامتِناع من النّكاح، فلأَن يَكونَ بسَبيلٍ من الامتِناع عن تَحصيل الحُرِّيّةِ للوَلَد أَولى.

على أنّا لا نُسلِّمُ أن الإرقاقَ حَرامٌ؛ وهذا لأن الإرقاقَ دونَ التَّضييعِ؛ لأن فيه تَضييعَ النَّسلِ أصلًا، وفي الإرقاق تَضييعُ صِفةِ الحُرِّيّةِ دونَ النَّسلِ، وذا جائزٌ بالعَزل بإذن الحُرّةِ، فالإرقاقُ أَولى.

وكذا إذا تَزوَّج أمةً ثم حُرّةً.. فإن نِكاحَ الأمةِ لا يَبطُلُ، وقد استَغنى عن إرقاق الولَدِ بالحُرّة.

والثّاني: أن طَولَ الحُرّةِ لا يَمنَعُ نِكاحَ الأمةِ عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَمنَعُ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥].

فقد عَلَّق جَوازَ نِكاحِ الأمةِ بعَدَم طَولِ الحُرّةِ، فمن أَجازه مع الطَّولِ فقد خالَفَ النَّصَّ.

ولأنه يُرِقُّ[1] ماءَه على غُنيةٍ منه، وذا حَرامٌ على الحُرّ، كالذي تحته حُرّةٌ.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النِّساء: ٣].

ولأنه نِكاحٌ يَملِكُه العبدُ إذا دَفَع إليه مَولاه مهرًا يَصلُحُ للحُرّة، فيَملِكُه الحُرُّ، بل أَولى؛ لأن الحِلَّ في حقِّه أوسعُ؛ إذ الحُرِّيّةُ من أَسباب الكَمالِ، والرِّقُّ من أَسباب التَّنصيفِ.

والتَّعليقُ بالشَّرط لا يُوجِبُ العدَمَ عندَ العدَمِ عندَنا؛ لما عُرِف، فيَجوزُ عندَ عدَمِ الطَّولِ بالنَّصِّ الْمُعلَّقِ، وعندَ وُجوده بالنَّصِّ الْمُطلَقِ.

وتُنكَحُ الحُرّةُ على الأَمة، ولا تُنكَحُ الأمةُ على الحُرّة؛ لقَوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «لا تُنكَحُ الأمةُ على الحُرّة، وتُنكَحُ الحُرّةُ على الأمة»[2].

وهو بإِطلاقه حُجّةٌ على الشّافعيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ، حيث يُجوِّزُ نِكاحَ الأمةِ على الحُرّة للعَبد؛ لأنه ليس فيه إرقاقُ جُزءٍ منه.

وعلى مالِكٍ رَحِمَهُٱللَّهُ، حيث يُجوِّزُه بِرضا الحُرّةِ؛ لأن المنعَ لحقِّ الحُرّةِ لا للجَمع، ولهذا لو تَقدَّم نِكاحُ الأمةِ يَبقى بعدَ نِكاحِ الحُرّةِ، والجمعُ مَوجودٌ، فعُلِم أن المنعَ لحقِّ الحُرّةِ باعتِبار أنه يُغيظُها إدخالُ ناقِصةِ الحالِ في فِراشها، وقد رَضِيَت به.

ولنا: أن الحِلَّ الذي بُنِي عليه النِّكاحُ نِعمةٌ في جانِب الرِّجالِ والنِّساءِ، ثم يَتنَصَّفُ

---

(١) في (هـ): يريق.

(٢) رواه الدارقطني (٤٠٠٢) بلفظ: «تُتزوج الحرة على الأمة، ولا تتزوج الأمة على الحرة».
وروى جملته الأولى الإمام مالك ٢/ ٥٣٦ من كلام سعيد بن المسيب، وعبد الرزاق (١٣٠٨٩) والبيهقي (١٤٠٠٤) من كلام جابر رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ، ورواه عبد الرزاق أيضًا (١٣٠٩٢) من كلام الحسن وسعيد، ورواه ابن أبي شيبة (١٦٠٧٤) من كلام علي رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ.

ذلك الحِلُّ برِقِّ الرَّجُلِ، حتى يَنكِحُ العبدُ ثِنتَين، والحُرُّ أربعًا، فكذا يَتنصَّفُ بِرِقِّ الْمَرأةِ.

ولا يُمكِنُ إظهارُ التَّنصيفِ في جانِبِها بنُقصان العدَدِ؛ لأن الْمَرأةَ الواحِدةَ لا تَحِلُّ إلا لواحِدٍ، فظَهَر التَّنصيفُ باعتِبار الحالِ.

والأحوالُ ثَلاثٌ: تَقدُّمٌ، وتَأخُّرٌ، وقِرانٌ، فصحَّ مُتقدِّمًا لا مُتأخِّرًا، وبَطَل مُقارِنًا؛ لأنه لا يَحتمِلُ التَّجزِّيَ، فغُلِّب التَّحريمُ، كالطَّلاق الثَّلاثِ والأقراءِ.

أو نَقولُ: في الحَقيقة حالتان: حالةُ الانضِمامِ إلى الحُرّة، وحالةُ الانفِرادِ عنها، فيَثبُتُ الحِلُّ في حال الانفِرادِ دونَ الانضِمامِ.

فإن تَزوَّج أمةً على حُرّةٍ في عِدّةٍ من طَلاقٍ بائِنٍ أو ثَلاثٍ: لم يَجُز عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَجوزُ.

وإن كانَت مُعتدّةً عن طَلاقٍ رَجعيٍّ: لم يَجُز اتِّفاقًا.

لهما: أن الْمُحرَّمَ نِكاحُ الأمةِ على الحُرّة بالحَديث، ونِكاحُ الأمةِ في عِدّة الحُرّةِ ليس بنِكاحٍ على الحُرّة؛ لزَوال الْمِلكِ والحِلِّ؛ ألا تَرى أنه لو قال لامرَأته: (إن تَزوَّجتُ عليكِ امرَأةً فهي طالِقٌ)، فتَزوَّج امرَأةً بعدَما أبانَها: لم تَطلُق.

وله: أن نِكاحَ الحُرّةِ مانِعٌ جَوازَ نِكاحِ الأمةِ، والنِّكاحُ باقٍ في العِدّة من وجهٍ؛ لبَقاء المنعِ من الخُروج والتَّزوُّجِ والفِراشِ والنَّفَقةِ، فيَبقى المنعُ احتِياطًا، كما لو تزوَّج الأُختَ في عِدّة الأُختِ.

وأما مَسألةُ اليَمينِ: فالْمُعتبَرُ فيها العُرفُ، ولا يُسمّى مُتزوِّجًا عليها بعدَ البَينونةِ عُرفًا، فلهذا لا تَطلُقُ.

ولأن غرَضَ الحالِفِ تَطييبُ قلبِها بتَركِ الاشتِراكِ في الفِراش والقَسْمِ، فإذا تزوَّجها في العِدّة فما أشرَكَ غيرَها في قَسْمِها، فلا يَحنَثُ.

وأربَع من الحَرائِر والإماءِ(ف) فقط، ونُصِّف(ك) للعَبد.

وللحُرِّ أن يَتزوَّجَ أربعًا من الحَرائِر والإماءِ[1]، وليس له أن يَتزوَّجَ أكثرَ من ذلك؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النِّساء: ٣].

فالاقتِصارُ على الأربَع في مَوضِع الحاجةِ إلى البَيان يَدُلُّ على أنه لا تَجوزُ الزِّيادةُ عليه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ للحُرِّ أن يَتزوَّجَ إلا أمةً واحِدةً[2]؛ لما مرَّ أن نِكاحَ الإماءِ ضَروريٌّ عندَه، والضَّرورةُ تَرتفِعُ بالواحِدة، فلا يُزادُ عليها، كالمَيْتة لما حَلَّت ضَرورةً لم يَجُز الأكلُ إلا بقَدْر ما يَسُدُّ رمَقَه.

وعندَنا: نِكاحُ الأمةِ للحُرِّ مُباحٌ مُطلقًا، كنِكاح الحُرّةِ، فجاز له أن يَتزوَّجَ أربعًا من الإماء، كما جاز له أن يَتزوَّجَ أربعًا من الحَرائِر؛ لأن ﴿ٱلنِّسَآءِ﴾ يَتناوَلُ الإماءَ كما يَتناوَلُ الحَرائرَ، كما في الإيلاء والظِّهارِ.

ولا يَجوزُ للعَبد أن يَتزوَّجَ أكثرَ من اثنتَين، وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يَتزوَّجَ أربعًا؛ لأن الرِّقَّ لا يُؤثِّرُ في مالِكيّة النِّكاحِ؛ لأنه من خَواصِّ الآدَميّةِ، وهو فيها كالحُرِّ.

ولنا: أن الرِّقَّ مُؤثِّرٌ في تَنصيف النِّعَمِ، وهذا الحِلُّ نِعمةٌ من الله تَعالى، يُتوصَّلُ به إلى اقتِضاء شَهوةِ الفرجِ حَلالًا.

---

(١) في (أ) و(ج) و(ز): أو الإماء.

(٢) في (هـ): من الإماء إلا واحدة.

والنِّعَمُ تَتفاوَتُ بتَفاوُت الأحوالِ في الشَّرَف، فإن حالَ النُّبُوّةِ لما كانَت أشرفَ حلَّ له التِّسعُ دونَ غيرِه[1]، وحالُ الحُرِّيّةِ أشرَفُ، فتَظهَرُ الزِّيادةُ، حتى يَملِكُ الحُرُّ نِكاحَ الأربَعِ، والعبدُ ثِنتَين.

فإن طَلَّق الحُرُّ إحدى الأربَعِ طَلاقًا بائِنًا لم يَتزوَّج رابِعةً حتى تَنقضِيَ عِدّتُها، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقد مرَّ في نِكاح الأُختِ في عِدّة الأُختِ.

وحُبلى من زِنًى(س)، ولا يَطَأُ[2] حتى تَضَعَ، لا من سَبْيٍ، أو مَولًى.

فإن تَزوَّج حُبلَى من زِنًى جاز النِّكاحُ، ولا يطَؤُها حتى تضَعَ حملَها، عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَفسُدُ النِّكاحُ.

وإن كان الحملُ ثابِتَ النَّسَبِ فالنِّكاحُ فاسِدٌ إجماعًا.

له: أن هذا الحملَ مُحترَمٌ وإن كان من الزِّنى، حتى لم يَجُز إسقاطُه، وامتِناعُ النِّكاحِ في صُورة الإجماعِ؛ لحُرمة الحملِ وصِيانتِه عن سَقيه بماء الغيرِ -فإن الحملَ يَزدادُ سمعُه وبصَرُه حِدّةً بالوطء، كما وَرَد في الحَديث[3]- ....

---

(١) روى الطبري في «تفسيره» ١٩/ ٨٧ عن قتادة عن الحسن وهو قول قتادة قال: لما اخترن الله ورسوله شكرهن الله على ذلك فقال: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجٖ وَلَوۡ أَعۡجَبَكَ حُسۡنُهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٢]، فقصره الله عليهن، وهن التسع اللاتي اخترن الله ورسوله.

(٢) في (ع): توطأ.

(٣) لم أقف عليه، وهو مشهور جدًا في الكتب، لكن بلا سند أو عزو، قال في «النهاية» ١/ ١٣٣ في تفسير البضع: ومنه الحديث: أنه أمر بلالًا فقال: ألا من أصاب حبلى فلا يقربنها، فإن البضع يزيد في السمع والبصر. أي الجماع. انتهى.

وفي «زاد المعاد» ٦/ ١٣٦: قال الإمام أحمد: الوطء يزيد في سمعه وبصره، وقد صرح النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بهذا المعنى في قوله: «لا يحل لرجل أن يسقي ماءه زرع غيره»، ومعلوم أن الماء الذي=

لا لصاحِب الماءِ[1]، ولهذا لا تَرتفِعُ الحُرمةُ بإذنه، وقد وُجِد هنا.

ولهما: أن امتِناعَ النّكاحِ ثَمَّ لحُرمة صاحِبِ الماءِ لا للحَمل، ولهذا لو تَزوَّجها مَن كان نسَبُ الحملِ ثابتًا منه يَصِحُّ، ولا حُرمةَ لصاحِب الماءِ هنا؛ لأنه زانٍ جانٍ، فلا يَحرُمُ العقدُ.

أو للمَجموع الْمُركَّبِ من الأمرَين، ولم يُوجَد فيما نحن بصَدَده، فيَثبُتُ الجَوازُ؛ لإطلاق الْمُقتضِي، وهو قولُه تَعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٤].

وإنما حَرُم الوطءُ: لأنه يَسقي به زرعَ غيرِه، وهو حَرامٌ؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كان يُؤمِنُ بالله واليومِ الآخرِ فلا يَسقِيَنَّ ماءَه زرعَ غيرِه»[2].

وليس من ضَرورة حُرمةِ الوطءِ بعارِضٍ[3] على شَرَف الزَّوالِ.. فَسادُ النّكاحِ، كما لو حَرُم بالحَيض والنِّفاسِ.

فإن قِيل: فمُ الرَّحِمِ يَنسدُّ بالحَبَل، فكيف يَكونُ سَقَى زرعَ غيرِه؟

قُلنا: شعْرُه يَنبُتُ من ماء غيرِه.

= يسقى به الزرع يزيد فيه ويتكون الزرع منه، وقد شبه وطء الحامل بساقي الزرع الماء، وقد جعل الله تبارك وتعالى محل الوطء حرثًا، وشبه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الحمل بالزرع، ووطء الحامل بسقي الزرع، وهذا دليل ظاهر جدًّا على أنه لا يجوز نكاح الزانية حتى تعلم براءة رحمها، إما بثلاث حيض أو بحيضة.

(١) أي لا لحرمة صاحب الماء.

(٢) رواه بهذا اللفظ ابن أبي شيبة (١٧٤٦٠)، والطبراني (٤٤٨٢)، ورواه الإمام أحمد (١٦٩٩٧) وأبو داود (٢١٥٨) بلفظ: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره -يعني إتيان الحبالى-، ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها، ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنمًا حتى يقسم».

(٣) في (و): العارض.

فإن تَزوَّج حامِلًا من السَّبي: فالنِّكاحُ فاسِدٌ؛ لأن هذا حملٌ ثابِتُ النَّسَبِ من زَوجها؛ لأن النَّسَبَ يَثبُتُ في دارهم كما يَثبُتُ في دارنا.

وإن كانَت له أُمُّ ولَدٍ حامِلٍ، فزَوَّجها من إنسانٍ: بَطَل نِكاحُها؛ لأنها فِراشٌ لِمَولاها، ولهذا لو جاءَت بولَدٍ يَثبُتُ النَّسَبُ بلا دِعوةٍ، فلو صحَّ النِّكاحُ لحَصَل الجمعُ بينَ الفِراشَين، وإنه لا يَجوزُ؛ لأنه يُؤدِّي إلى اشتِباه الأنسابِ، كإنكاح الْمَنكوحةِ.

بخِلاف ما إذا كانَت حائِلًا[1] فإنه يَصِحُّ النِّكاحُ، وإن كانَت فِراشًا لِمَولاها؛ لأن ذلك الفِراشَ ضَعيفٌ غيرُ مُتأكِّدٍ، حتى يَنتَفي الولَدُ بمُجرَّد النَّفيِ بلا لِعانٍ، فلم يُعتبَر هذا الفِراشُ مانِعًا حتى يَتأكَّدَ بالحَمل.

فإن قِيل: إذا كان الولَدُ يَنتَفي بمُجرَّد النَّفيِ يَنبَغي أن يَصِحَّ النِّكاحُ وإن كانَت حامِلًا؛ إذ الإقدامُ على النِّكاح والنِّكاحُ لا يَصِحُّ مع ثُبوتِ النَّسَبِ.. دَليلُ نفيِ النَّسَبِ، والنَّسَبُ يَنتَفي بصَريح النَّفيِ ودَلالتِه.

ألا تَرى أنه إذا وَلَدت له أمةٌ ثَلاثةَ أولادٍ في بُطونٍ مُختلِفةٍ، فادَّعى نسَبَ الأكبر: يَثبُتُ نسَبُه دونَ الآخَرين؛ لأن التِزامَ النَّسَبِ بالبَيان عندَ ظُهورِ دَليلِه واجِبٌ شرعًا، والتَّبرِّي عندَ ظُهورِ دَليلِه واجِبٌ أيضًا، فصار السُّكوتُ عندَ لُزومِ البَيانِ لو كان ثابِتًا نفيًا دَلالةً؛ حملًا لأمره على الصَّلاح، حتى لا يَصيرُ تارِكًا للواجِب.

قُلنا: نعم! إذا لم يُعارِضها الصَّريحُ[2]، وقد وُجِد هنا؛ إذ الْمَسألةُ مَفروضةٌ فيما إذا كان الحملُ منه.

والْمَوطوءةِ بمِلكٍ، أو زِنًى.

(١) في (هـ): حاملاً.

(٢) في (ز): التصريح.

ومن[1] وَطِئ أمتَه ثم زَوَّجها من غَيره: جاز النِّكاحُ؛ لأنها ليست بِفراشٍ لِمَولاها، حتى لو جاءَت بولَدٍ لا يَثبُتُ النَّسَبُ بلا دِعوةٍ.

ويُستحَبُّ للمَولى أن يَستبرِئَها؛ صِيانةً لمائِه.

وإذا جاز النِّكاحُ فللزَّوج أن يطَأَها قبلَ أن يَستبرِئَها، وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا أُحِبُّ له أن يطَأَها قبلَ أن يَستبرِئَها.

وكذا لو رَأى رَجُلٌ امرَأةً تَزني، فتزَوَّجها: له أن يطَأَها قبلَ أن يَستبرِئَها عندَهما.

وقال محمدٌ: لا أُحِبُّ له أن يطَأَها حتى يَستبرِئَها؛ لأنه لو تَحقَّق الحملُ لحَرُم الوطءُ؛ تَفادِيًا عن سَقي زرعِ غيرِه، فإذا احتَمَل وَجَب التَّنزُّهُ احتِياطًا، كما لو كان مَكانَ النِّكاحِ شِرًى[2].

ولهما: أن الشَّرعَ ما شَرَع النِّكاحَ إلا على رَحِمٍ فارِغٍ، لكنِ الفَراغُ باطِنٌ لا يُوقَفُ عليه، فأُقِيم جَوازُ النِّكاحِ مُقامَ الفَراغِ، ولا يَنتقِضُ[3] بالحامِلِ من الزِّنى؛ لأنّا نَعني به رَحِمًا فارِغًا عن حبَلٍ[4] ثابِتِ النَّسَبِ من الغَير، بخِلاف الشِّرى[5]؛ لجَوازه مع الشُّغلِ، فيَجِبُ التَّعرُّفُ بعدَه.

وقِيل: لا خِلافَ في الحَقيقة؛ لأنهما يَقولان بعَدَم وُجوبِ الاستِبراءِ، وهو يَقولُ باستِحبابه، فلم يَتقابَل النَّفيُ والإثباتُ، وكان قولُه تَفسيرًا لقَولهما.

---

(١) في (هـ): وإن.

(٢) في (ج): شراء، وفي (و): الشراء.

(٣) في سوى (ج) و(ز): ولا ينتقص.

(٤) في (ب) و(هـ): حل، وفي (ج) و(د): حمل.

(٥) في (و): الشراء، وفي (ز): الشري.

والْمَضمومةِ إلى مُحرَّمةٍ، والْمُسمّى لها(س م)(١).

ومن جَمَع بينَ امرأتَين في عُقدةٍ(٢) وإحداهما لا يَحِلُّ له نِكاحُها، بأن كانَت ذاتَ رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، أو ذاتَ زوجٍ، أو مُعتدّةَ الغيرِ: صحَّ نِكاحُ التي حلَّ نِكاحُها، وبَطَل نِكاحُ الأُخرى؛ لأن الْمُبطِلَ في إحداهما، فيتَقدَّر(٣) البُطلانِ تَقدَّر الْمُبطِلُ.

بخِلاف ما لو جَمَع بينَ حُرٍّ وعبدٍ وباعَهما صفْقةً واحِدةً؛ لأن البيعَ يَفسُدُ بالشَّرط الفاسِدِ، وقَبولُ العقدِ في الحُرِّ شرطٌ لقَبول العقدِ في القِنّ، وهو شرطٌ فاسِدٌ، فيَفسُدُ.

أما النِّكاحُ: فلا يَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ، فافترَقا.

ثم جَميعُ الْمُسمّى للتي تَحِلُّ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: يُقسَمُ الْمُسمّى على مَهر مِثلَيهما، فما أصابَ التي صحَّ نِكاحُها يَجِبُ؛ لأن الزَّوجَ جَعَل الْمُسمّى مُقابَلًا ببُضعَيهما لا ببُضع إحداهما، فلا يُجعَلُ بمُقابَلة إحداهما.

وله: أن الانقِسامَ(٤) من حُكم صِحّةِ الْمُقابَلةِ، والْمُقابَلةُ باطِلةٌ في حقِّ من ليست بقابِلةٍ لحُكم الْمُقابَلةِ؛ إذ حُكمُه ثُبوتُ الْمِلكِ والحِلِّ ببدَلٍ يُقابِلُه، وأُختُه وما يُضاهِيها ليست بقابِلةٍ لهذا الحُكمِ، فلَغَت الإضافةُ إليها، وصار التَّكلُّمُ به وعدَمُه بمَنزِلةٍ.

ولو لم يَتكلَّم بكَلِمة الْمُقابَلةِ إلا مُضافًا إلى إحداهما لكان الحُكمُ هكذا، فكذا هنا، وصار هذا وقولُه: (تزوَّجتُ هذا الحِمارَ وهذه الْمَرأةَ بألفٍ): سَواءً(٥)، وهناك لا يَنقسِمُ، كذا هنا.

(١) أي المهر المسمى يكون للمضمومة دون المحرمة.

(٢) في (هـ): عقد.

(٣) في (هـ) و(و): فيتعذر، وفي (ز): فيتقدر.

(٤) في (د) و(ز): الاقتسام.

(٥) في (هـ): سواها.

لا نِكاحُ الْمُتعةِ(ك)[1]، والْمُؤقَّتِ(ز)[2].

ونِكاحُ الْمُتعةِ والْمُؤقَّتِ باطِلٌ.

وصورةُ الْمُتعةِ: أن يَقولَ لامرَأةٍ: خُذي هذه العَشَرةَ لأتمتَّعَ بك أيّامًا.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: هو جائِزٌ[3]؛ لأن ابنَ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كان يُبيحُها، ويَجعَلُ العِدّةَ فيها حَيضةً[4].

---

(١) نكاح المتعة: أن يقول الرجل لامرأة: متعيني نفسك بهذه العشرة من الدراهم مدة كذا، فتقول له: متعتك نفسي. فالحاصل لا بد من لفظ التمتع فيه. «الأنيس» ص٥١.

(٢) صورة الموقت: أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام.

والفرق بينهما: أن يذكر لفظ التزويج والنكاح في الموقت، ولفظ التمتع في نكاح المتعة. «الأنيس» ص٥١.

(٣) ذكر هذا القول عن الإمام مالك الإمام المرغيناني رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَىٰ في «الهداية» ١/ ١٩٠، وقال العيني في «البناية» ٥/ ٦٣: قال الكاكي: هذا سهو، فإن المذكور في كتب مالك حرمة نكاح المتعة، وقال في «المدوَّنة»: ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد، وإن سمَّى صداقًا، وهذا المتعة.

وقال الأكمل معتذرًا عن المصنف: يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف اطلع على قول له على خلاف ما في «المدونة». انتهى.

قلت: لم يُذكر في كتاب من كتب المالكية روايةٌ تجوِّز المتعة، وبالاحتمال نَقْلُ قول عن إمام من الأئمة غيرِ موجَّه، مع أن مالكًا روى في «موطئه» حديث الزهري من حديث علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، على ما يأتي بيانه عن قريب إن شاء الله.

وقال الأكمل هنا أيضًا معتذرًا: ليس من يروي حديثًا يكون واجب العمل؛ لجواز أن يكون عنده ما يعارضه، أو يترجح عليه، انتهى.

قلت: عادة مالك أن لا يروي حديثًا في «موطئه» إلا وهو يذهب ويعمل به، ولو ذُكر عنه ما ذكره الأكمل لذكره أصحابه، ولم يُنقل عنه شيء من ذلك. انتهى.

(٤) روى البخاري (٥١١٦) عن أبي جمرة قال: سمعت ابن عباس سئل عن متعة النساء فرخص،=

ولنا: أن عامّةَ الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ رَوَوا نسْخَها[1]، وقد صحَّ رُجوعُ ابنِ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن ذلك، فإن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال له: أما عَلِمتَ أن رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَرَّم الْمُتعةَ يومَ خَيبرَ[2]، فرَجَع عما كان يَعتقِدُ من إباحته[3].

= فقال له مولى له: إنما ذلك في الحال الشديد، وفي النساء قلة؟ أو نحوه، فقال ابن عباس: نعم. وروى مسلم (١٤٠٧) عن علي أنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء، فقال: مهلًا يا بن عباس، فإن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عنها يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الإنسية.

وروى ابن عبد البر في «التمهيد» ١٠/ ١١٥: عن عمار مولى الشريد قال: سألت ابن عباس عن المتعة أسفاح هي أم نكاح؟ فقال ابن عباس: لا سفاح ولا نكاح، قلت: فما هي؟ قال: هي المتعة كما قال الله، قلت: هل لها من عدة؟ قال: نعم، عدتها حيضة، قلت: يتوارثان؟ قال: لا.

(١) روى البخاري (٥١١٥) ومسلم (١٤٠٧) واللفظ للأول: أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال لابن عباس: إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن المتعة، وعن لحوم الحمر الأهلية، زمن خيبر.

وروى مسلم (١٤٠٦) عن الربيع بن سبرة الجهني، عن أبيه أنه أخبره: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن المتعة زمان الفتح -متعة النساء-، وأن أباه كان تمتع ببردين أحمرين.

وسيدنا علي رضي الله تعالى عنه وكرم وجهه من أكثر من ورد عنه بيان تحريم المتعة ونسخها من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، وأحاديثه طافحة في الصحيحين وغيرهما مما مر قريبًا ويأتي.

(٢) تقدم عزوه للصحيحين، ومن الألفاظ القريبة لهذا السياق ما رواه الدارقطني (٣٦٤١) عن الحسن بن محمد وعبد الله بن محمد عن أبيهما: أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال لابن عباس: أما علمت أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن لحوم الحمر الأهلية وعن المتعة.

وفي لفظ لمسلم (١٤٠٧) قال له سيدنا علي رضي الله تعالى عنه: إنك رجل تائه... وذكر الحديث.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٥٨: وصح رجوع ابن عباس إلى قولهم: قلت: يشير إلى ما أخرج الترمذي (١١٢٢) عن محمد بن كعب عن ابن عباس: إنما كانت المتعة في أول الإسلام، وكان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم، فتحفظ له متاعه، وتصلح له شيئه، حتى إذا نزلت الآية: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] قال ابن عباس: فكل فرج =

وكان يَقولُ: اللَّهُمَّ إني أتوبُ إليك من قَولي في الْمُتعة والصَّرفِ(١).

=سواهما فهو حرام.

قلت: ولا يصح هذا عن ابن عباس، فإنه من رواية موسى بن عبيدة، وهو ضعيف جدًّا، وروى الخطابي من طريق سعيد بن جبير قال: قلت: لابن عباس لقد سارت بفتياك الركبان، وقالت فيها الشعراء، وأنشدته:

قد قلت للشيخ لما طال محبسه ... يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس

هل لك في رخصة الأطراف آنسة ... تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقال: سبحان الله! والله ما بهذا أفتيت، وما هي إلا كالميتة والدم، ولا تحل إلا للمضطر، وأخرجه محمد بن خلف ووكيع في كتاب «الغرر من الأخبار» من وجه آخر عن سعيد بن جبير، وفيه الشعر، فقد قال الحازمي: لم يبلغنا إباحة المتعة لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم، ولذلك أباحها لهم في أوقات مختلفة بحسب الضرورة، قلت: فيه نظر؛ لما تقدم من حديث جابر، ولما في الصحيحين عن ابن مسعود: كنا نغزو مع رسول الله ليس لنا نساء، فقلنا: ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا أن تنكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَـٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾ الآية [المائدة: ٨٧] .

(١) قال في «تخريج أحاديث الكشاف» ١ / ٣٠٢ عند قوله: اللهم إني أتوب إليك من قولي بالمتعة وقولي في الصرف:

وأما رجوعه عن المتعة: فقال الترمذي في «كتابه»: وإنما روي عن ابن عباس شيء من الرخصة في المتعة، ثم رجع عن قوله، حيث أخبر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم قال: حدثنا محمود بن غيلان ثنا سفيان بن عقبة أخو قبيصة بن عقبة ثنا سفيان الثوري عن موسى بن عبيدة عن محمد بن كعب عن ابن عباس: إنما كانت المتعة في أول الإسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم، فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه، حتى إذا أنزلت الآية ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [المؤمنون: ٦]، قال ابن عباس: فكل فرج سواهما فهو حرام. انتهى.

وأما رجوعه عن الصرف: فروى الطبراني في «معجمه» من حديث سالم بن عبد الله بن عبد الله بن أبي غياث عن بكر بن عبد الله المزني: أن ابن عباس كان يرخص في الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين،=

= وقال: يا أيها الناس! إنه لا بأس بالصرف ما كان يدًا بيد، إنما الربا في النسيئة، فطارت كلمته بالمشرق والمغرب، حتى دخل عليه أبو سعيد الخدري فقال: يا بن عباس! أكلت الربا وأطعمته! إن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن مثلًا بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى» حتى ذكر الأنواع الستة، فقال له ابن عباس: جزاك الله الجنة، ثم حمد الله وأثنى عليه وقال: يا أيها الناس! إني كنت تكلمت بكلمة من رأيي، أستغفر الله وأتوب إليه منها، يا معشر الناس! لا تأكلوا الربا، ولا تبيعوا الدرهم بالدرهمين، ولا الدينار بالدينارين، إن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الذهب بالذهب...» إلى آخره.

وروى الحاكم في «مستدركه» في البيوع من حديث حيان بن عبيد الله العدوي قال: سألت أبا مجلز عن الصرف، فقال: كان ابن عباس لا يرى به بأسًا ما كان يدًا بيد فذكر نحوه، وقال في آخره: فقال ابن عباس لأبي سعيد: جزاك الله الجنة، ذكرتني أمرًا كنت نسيته، وأنا أستغفر الله وأتوب إليه، قال: وكان ينهى عنه بعد ذلك. انتهى، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

وتعقبه الذهبي في «مختصره» بأن حيان بن عبيد الله العدوي ضعيف.

وروى عبد الرزاق في «مصنفه» في الصرف: أخبرنا سفيان الثوري عن أبي هاشم الواسطي عن زياد قال: كنت مع ابن عباس بالطائف، فرجع عن الصرف قبل أن يموت بسبعين يومًا. انتهى.

وروى البخاري في «تاريخه الكبير» عن محمد بن سيرين أنه قال: أشهد على اثني عشر من أصحاب ابن مسعود شهدوا أن ابن عباس تاب من قوله في الصرف، منهم عبيدة السليماني. انتهى.

وروى ابن عدي في «كامله» عن داود بن علي بن عبد الله بن عباس عن أبيه عن جده عبد الله بن عباس: أنه نزل عن قوله في الصرف حين سمع عن أبي سعيد الخدري يروي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النهي عنه، ولين داود هذا وقال: هو عندي لا بأس به.

وروى إسحاق بن راهويه في «مسنده»: أخبرنا جرير حدثني سالم بن أبي حفصة عن عبد الله بن خليل قال: سمعت ابن عباس يقول قبل موته: أستغفر الله وأتوب إليه من الصرف. انتهى.

وروى ابن ماجه في أبواب التجارات: حدثنا أحمد بن عبدة أنا حماد بن زيد عن سليمان بن علي الربعي عن أبي الحوراء قال: سمعت ابن عباس يأمر بالصرف ويحدث ذلك عنه، ثم بلغني أنه رجع عن ذلك، فلقيته بمكة فقلت له: بلغني أنك رجعت، قال: نعم، إنما كان ذلك رأيًا مني، وهذا أبو سعيد=

وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: مُتعتان كانتا على عَهد رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنا أَنهى عنهما، وأُعاقِبُ عليهما، ولو تَقدَّمتُ فيهما لرَجَمتُ: مُتعةُ النِّساءِ، ومُتعةُ الحجِّ[1].

ولأن الوطءَ لم يَحِلَّ إلا بمِلك نِكاحٍ أو يَمينٍ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ...﴾ الآيةَ [المؤمنون: ٥]، ولم يُوجَد مِلكُ اليَمينِ والنِّكاحُ هنا، فلا يَحِلُّ.

وهذا لأنه شُرِع في النِّكاح الإرثُ والطَّلاقُ والظِّهارُ، ولا إرثَ ولا طَلاقَ في الْمُتعة،

=حدث عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم إنه نهى عن الصرف.

وروى أبو يعلى الموصلي في «مسنده»: حدثنا زهير ثنا جرير عن مغيرة عن عبد الرحمن بن أبي نعم: جاء أبو سعيد الخدري إلى ابن عباس فقال له: أقرأت ما لم نقرأ أو صحبت ما لم نصحب؟ فقال: ما قرأت إلا ما قرأتم وما صحبت إلا ما صحبتم، قال: ففيم تفتي الناس الدرهم بالدرهمين والدرهمين بالثلاث، وإني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «الذهب بالذهب مثلًا بمثل، فما زاد فهو ربًا، والفضة بالفضة مثلًا بمثل، فما زاد فهو ربًا»، قال: فسمعته بعد وهو يقول: اللهم إني أتوب إليك مما كنت أفتي به الناس في الصرف. انتهى.

وروى النسائي في كتاب «الكنى»: أخبرنا واصل بن عبد الأعلى ثنا أبو أسامة عن المثنى بن سعيد حدثني أبو الشعثاء عمر مولى معمر: سمعت ابن عباس يقول: أستغفر الله وأتوب إليه من قولي في الصرف، إنما كان رأيي، ولقيت أناسًا من أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فنهوني. انتهى.

(١) رواه سعيد بن منصور (٨٥٣)، والطحاوي في «معاني الآثار» (٣٦٨٦)، وابن المقرئ في «معجمه» (٧٧٤)، والمدائني في «فوائده» (٢٢)، وابن صالح كاتب الليث في «نسخته» (١٦٣٨).

جميعهم دون لفظ: ولو تَقدَّمتُ فيهما لرَجَمتُ.

وروى مسلم (١٢١٧) عن أبي نضرة قال: كان ابن عباس يأمر بالمتعة، وكان ابن الزبير ينهى عنها، قال: فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله، فقال: على يدي دار الحديث، تمتعنا مع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلما قام عمر قال: إن الله كان يحل لرسوله ما شاء بما شاء، وإن القرآن قد نزل منازله، فأتموا الحج والعمرة لله كما أمركم الله، وأبِتّوا نكاح هذه النساء، فلن أوتى برجل نكح امرأة إلى أجل إلا رجمته بالحجارة.

فلا يَكونُ نِكاحًا، فلا تَثبُتُ به الإباحةُ ضَرورةً.

وصُورةُ الْمُؤقَّتِ: أن يَتزوَّجَ امرأةً بشَهادة شاهِدَين عشَرةَ أيّامٍ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّوقيتُ باطِلٌ، والنِّكاحُ صَحيحٌ؛ لأنه أتَى بالإيجاب والشَّرطِ؛ إذ التَّوقيتُ شرطٌ زائِدٌ على ما يَتِمُّ به النِّكاحُ، فصحَّ الإيجابُ، وبَطَل الشَّرطُ؛ لأن النِّكاحَ لا يَبطُلُ بالشَّرط، كما لو تَزوَّجها بشَرط أن يُطلِّقَها بعدَ شهرٍ.

وعن النَّخَعيّ: النِّكاحُ يَهدِمُ الشَّرطَ، والشَّرطُ يَهدِمُ البيعَ.

وهذا ليس بمُتعةٍ؛ لوُجود لفظِ النِّكاحِ فيه، بخِلاف الْمُتعةِ.

ولنا: أنه عقدُ مُتعةٍ وإن أتَى بلَفظ النِّكاحِ؛ إذ الْمُتعةُ عقدُ تمليكِ البُضعِ في مُدّةٍ مُقدَّرةٍ، وقد وُجِد.

والعِبرةُ في العُقود للمَعاني لا للألفاظ؛ لأنها تَحتمِلُ الْمَجازَ دونَ الْمَعاني، فالحَوالةُ بشَرط بَقاءِ الدَّينِ على الأَصيل كَفالةٌ، والكَفالةُ بشَرط بَراءةِ الأصيلِ حَوالةٌ، فقد أبطَلناه لعَدَم رُكنِه لا لشرطٍ فاسِدٍ.

وأيّد هذا ما رُوِي عن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه قال: لا أُوتَى برَجُلٍ تَزوَّج امرأةٍ إلى أجلٍ إلا رَجَمتُه[1]. فقد صَرَّح بأن النِّكاحَ الْمُؤقَّتَ مُتعةٌ.

ولأن النِّكاحَ[2] يَحتمِلُ الْمُتعةَ مَجازًا، وقولَه: (إلى شهرٍ) مُحكَمٌ في الْمُتعة، فحَمَلنا الْمُحتمِلَ على الْمُحكَم.

ولا فرقَ بينَ ما إذا طالَت الْمُدّةُ أو قَصُرت؛ لأن الْمُعيِّنَ[3] لجِهة الْمُتعةِ التَّأقيتُ،

---

(١) رواه مسلم (١٢١٧).

(٢) في (هـ): النكاح الْمُوقَّت.

(٣) في (هـ): المعنى.

وهو مَوجودٌ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُمَااللَّهُ: أنهما إذا وَقَّتا وقتًا لا يَعيشان إلى ذلك غالِبًا يَصِحُّ؛ لأنه تأبيدٌ مَعنًى، كما لو تزوَّجها إلى مَوتها أو موتِه.

امرَأةٌ ادَّعت على رَجُلٍ أنه تزوَّجها، وأقامَت البيِّنةَ على ذلك، فجَعَلها القاضِي امرَأتَه، ولم يكن تَزوَّجها: وَسِعها الْمُقامُ معه، وأن تدَعَه يُجامِعُها.

وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا، وفي قَوله الآخِرِ -وهو قولُ محمدٍ والشّافعيِّ[1] رَحِمَهُمُاللَّهُ-: لا يَسَعُه أن يطَأَها.

وهي مَسألة قَضاءِ القاضِي بشُهود[2] الزُّورِ في العُقود والفُسوخِ، وسيَجيءُ في كِتاب القَضاءِ إن شاء اللهُ تَعالى، واللهُ أعلَمُ.

(١) العبارة في (ب): وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والشافعي.

(٢) في (ب): بشهادة.

بَابُ الأَوْلِيَاءِ[1] وَالأَكْفَاءِ[2]

نكحت حُرّةٌ مُكلَّفةٌ[3] بلا وليٍّ: نَفَذ(وك ف)[4].

ويَنعقِدُ نِكاحُ الحُرّةِ العاقِلةِ البالِغةِ بِرِضاها، وإن لم يَعقِد عليها وليٌّ، بِكرًا كانَت أو ثَيِّبًا، عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

---

(١) الولي: ضد العدو، وفي «المغرب»: ولي اليتيم والقتيل: مالك أمرهما، ومنه والي البلد.

ومصدرهما: الوِلاية بالكسر، وبالفتح: النصرة والمحبة.

وفي «الصحاح»: الوَلْيُ: القرب والدنو، يقال: تباعدنا بعد وَلْيٍ، وكذا وَلِيَ الرجل.

وقال أبو عبيدة: الموالي أي: بني العم.

وفي «تبيين الحقائق»: الأولياء جمع ولي، وهو من الوِلاية، وهي تنفيذ الحكم إلى الغير شاء أو أبى. «الأنيس» ص٥١.

(٢) الكُفُوْ: النظير، ونظير الشيء: مثلُه، والمصدر: الكفاءة بالفتح والمد.

وقولهم: لا كِفاء له: بالكسر، وهو في الأصل مصدر، أي لا نظير له.

والأكْفَاء: جمع كُفْءٍ، بتسكين الفاء وضمها، وهمز الآخِر، وبتسكين الفاء وآخره بالواو، وهو: النظير والمساوي. «الأنيس» ص٥٢.

(٣) التكليف: إلزام الكلفة على المخاطب المكلف. «التعريفات» ص٦١.

وشرعًا: مخاطبة المسلم بالأوامر والنواهي عند البلوغ.

(٤) نَفَذ السهمُ نفوذًا: من باب قعد، ونَفاذًا: خرق الرميّة وخرج منها، ويتعدى بالهمزة والتضعيف، ونَفَذ الأمرُ والقولُ نُفوذًا ونَفاذًا: مضى، وأمره نافِذٌ: أي مُطاع، ونَفَذ العَتق: كأنه مستعار من نفوذ السهم، فإنه لا مرد له. «المصباح» ٢/ ٦١٦.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في غير ظاهِرِ الرِّوايةِ: لا يَنعقِدُ إلا بوليٍّ.

وعندَ[1] محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَنعقِدُ مَوقوفًا على إجازة الوليِّ.

وعندَ مالِكٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: لا يَنعقِدُ بعِبارة النِّساءِ أصلًا، سَواءٌ زَوَّجت نفسَها أو بِنتَها أو أمتَها، أو توكَّلت بالنِّكاح عن الغَير، أو زَوَّجت نفسَها بإذن الوليِّ؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا نِكاحَ إلا بوليٍّ»[2].

ولأنها ليست بأهلٍ لِمُباشَرة النِّكاحِ، فلا يَنعقِدُ بعِبارتها، كالصَّغيرة.

وهذا لأن الأهلَ[3] من يَقدِرُ على تَحصيل النِّكاحِ بمَقاصِده، وهي مَعانٍ تَستَدعي التَّوافُقَ بينَهما عادةً، ولا يُوقَفُ عليها إلا بالعَقل الكامِلِ، وعقلُها ناقِصٌ بالحَديث[4]، فلو فُوِّض إليهن تَختَلُّ الْمَقاصِدُ؛ لأنهن سَريعاتُ الاغتِرارِ، سَيِّئاتُ الاختِيارِ.

إلا أن محمدًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: الضَّرَرُ الْمَوهومُ يَنتَفي بإِجازته، ولا خلَلَ في نَفس العقدِ، فيَصِحُّ.

ولهما: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الأيِّمُ أحقُّ بنفسها من وليِّها»[5].

والأيِّمُ: اسمٌ لامرَأةٍ[6] لا زوجَ لها، بِكرًا كانَت أو ثَيِّبًا عندَ أهلِ اللُّغةِ.

ولأنها تَصرَّفت في خالِص حقِّها، وهي من أَهل ذلك، فوَجَب أن يَنفُذَ، كما لو

---

(١) في (أ) و(د) و(هـ) و(ز): وعن.

(٢) رواه الإمام أحمد (٢٢٦٠)، وأبو داود (٢٠٨٥)، والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه (١٨٨٠).

(٣) في (ز): الأصل.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) رواه الإمام مالك ٢/ ٥٢٤، ومن طريقه مسلم (١٤٢١).

(٦) في (ب) و(هـ): امرأة.

تَصرَّفت في مالها؛ وهذا لأنها تَتصرَّفُ في نَفسها، وهي خالِصُ حقِّها، حتى كان البدَلُ الواجِبُ بمُقابَلتها لها.

والأهليَّةُ إنما تَثبُتُ بالقُدرة على التَّصرُّف على وجهٍ يَقِفُ به على مَضمون التَّصرُّفِ، وذا يَكونُ بالعَقل الْمُميِّزِ، واللِّسانِ[1] النّاطقِ، وهما مَوجودان.

ووُقوفُها على ما تَتحصَّلُ به مَقاصِدُ النِّكاحِ أكثرُ من وُقوف غيرِها، فهي أعرفُ بشَأنها من غَيرِها، وشفَقتُها على نَفسها أوفرُ من شَفَقة غيرِها عليها، ولهذا كان اختِيارُ الأزواجِ إليها اتِّفاقًا.

والتَّفاوُتُ في الْمَقاصِد إنما يَقَعُ باختِيار الزَّوجِ لا بمُباشَرة العقدِ، فلو كان لقُصور عقلِها عِبرةٌ لما كان إليها اختِيارُ الأزواجِ، وكذا[2] صحَّ إقرارُها بالنِّكاح على نَفسها، ويُعتبَرُ رِضاها في مُباشَرة الوليِّ العقدَ، ويَجِبُ على الوليِّ تَزويجُها عندَ طلَبِها.

ولو كانَت كالصَّغيرة لانعَكَست الأحكامُ.

وإنما تُطالِب[3] الوليَّ بالتَّزويج: لأنها تَستحِيي من الخُروج إلى مَحافِل الرِّجالِ لتُباشِرَ العقدَ على نَفسها، وتُنسَبَ إلى الوَقاحة، ولكن هذا لا يَمنَعُ صِحّةَ مُباشَرتِها.

ولا مُتمسَّكَ بقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا نِكاحَ إلا بوليٍّ»[4]؛ لأن هذا نِكاحٌ بوليٍّ؛ لأنها صارَت وليّةَ نفسِها[5] بعدَ البُلوغِ عن عقلٍ، كالرَّجُل.

---

(١) في (هـ): واللسان المطلق.

(٢) في (هـ): ولذا.

(٣) ضبطت في (أ): يطالَب.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) في (ج) و(د): لنفسها.

على أنه مَحمولٌ على أمةٍ زَوَّجت نفسَها بغَير إذنِ مَولاها، وصَغيرةٍ، ومَجنونةٍ، أو على نَفي الكَمالِ؛ تَوفيقًا بينَ الحَديثَين.

وبقَوله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أيُّما امرَأةٍ[1] نكَحت[2] بغَير إذنِ وليِّها فنِكاحُها باطِلٌ باطِلٌ باطِلٌ»[3]؛ لأن عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا هي التي رَوته، وقد زَوَّجت بِنتَ أخِيها عبدِ الرَّحمنِ وهو غائِبٌ[4].

وعمَلُ الرّاوي بخِلاف ما رَوى يُبطِلُ الرِّوايةَ؛ لما عُرِف في أُصول الفِقهِ.

ومَدارُه على الزُّهريِّ، وقد أنكَره[5].

---

(١) من هنا إلى فصل في الوكالة والنكاح وغيره ساقط في (ز).

(٢) في (ب): نكحت نفسها.

(٣) رواه الإمام أحمد (٢٤٣٧٢) والترمذي (١١٠٢) ولفظه: عن عائشة: أن رسول الله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها: فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».

(٤) روى ابن ماجه (١٩٠٠) عن ابن عباس قال: أنكحت عائشة ذات قرابة لها من الأنصار، فجاء رسول الله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «أهديتم الفتاة؟»، قالوا: نعم، قال: «أرسلتم معها من يغني؟»، قالت: لا، فقال رسول الله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الأنصار قوم فيهم غَزَل، فلو بعثتم معها من يقول: أتيناكم أتيناكم، فحيانا وحياكم».

وقال الحافظ في «الفتح» ٩/ ٢٢٥: ووقع عند ابن ماجه من حديث ابن عباس: أنكحت عائشة قرابة لها، ولأبي الشيخ من حديث جابر: أن عائشة زوجت بنت أخيها أو ذات قرابة منها. انتهى، وسياق الحافظ لهذا في معرض استشهاده لحديث البخاري أن عائشة زَفَّت امرأة إلى رجل من الأنصار... فيكون الفرق كبيرًا بين الزف وبين الإنكاح.

(٥) قال العيني في «عمدة القاري» ٢٠/ ١٢٨ بعد أن ذكر قول البخاري وابنِ مَعينٍ: لم يصِحَّ في هذا البابِ حَديثٌ: فإن قلت: روى الترمذي من حديث الزهري عن عروة عن عائشة: أن رسول الله=

على أنه مُخالِفٌ للنَّصِّ، فيُرَدُّ؛ لأنه تَعالى أضافَ النِّكاحَ إليهن في غَير مَوضِعٍ: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٢]، ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠].

ثم في ظاهِر الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ -وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ آخِرًا-: لو زَوَّجت نفسَها من غَير كفُؤٍ يَصِحُّ، حتى يَثبُتُ حُكمُ الطَّلاقِ، والإيلاءِ، والظِّهارِ، والتَّوارُثِ، وغيرِ ذلك.. قبلَ التَّفريقِ.

ولكن للأولياء حقُّ الاعتِراضِ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن النِّكاحَ لا يَنعقِدُ، وبه أخَذ كَثيرٌ من مَشايِخنا.

قال شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا أقربُ إلى الاحتِياط، فليس كلُّ وليٍّ يُحسِنُ الْمُرافَعةَ إلى القاضِي، ولا كلُّ قاضٍ يَعدِلُ، فكان الأحوطُ[1] سدَّ بابِ التَّزويجِ من غَير كفُؤٍ عليها.

وقال القاضِي الإمامُ فخرُ الدِّينِ: الفَتوى على قَول الحسَنِ في زَمانِنا.

ولا تُجبرُ بِكرٌ[2] بالِغةٌ[(ف)].

=صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل،...» الحديث.
قلت: قال الترمذي: قد تكلم بعض أهل الحديث في حديث الزهري، قال ابن جريج: ثم لقيت الزهري فسألته فأنكر، وضعفوا هذا الحديث من أجل هذا، فإن قلت: قال الترمذي: هذا حديث حسن، قلت: من أين له الحسن وقد أنكره الزهري؟ فإن قلت: إنكاره لا يعين التكذيب بل يحتمل أنه رواه فنسيه؛ إذ كل محدث لا يحفظ ما رواه، قلت: إذا احتمل التكذيب والنسيان فلا يبقى حجة، ويلزم المحتج به أن يقول بمفهوم الخطاب، ومفهوم هذا يقتضي صحة النكاح بإذن الولي، فلا تقول به.

(١) في (ب): الاحتياط.

(٢) في سوى (م) و(ن): ولا يجبر بكرًا.

ولا يَجوزُ للوليِّ إجبارُ البِكرِ البالِغةِ على النِّكاح، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن هذه بِكرٌ، فيَملِكُ أبُوها تَزويجَها، كما لو كانَت صَغيرةً.

وهذا لأنها بالبُلوغ لم يَحدُث لها رأيٌ في باب النِّكاحِ، لأنها لم تُمارِس الرِّجالِ، فلا تَقِفُ على مَصالِح النِّكاحِ ومَفاسِدِه، فكان بُلوغُها بِكرًا كبُلوغها مَجنونةً.

والدَّليلُ عليه: أن قبضَ صَداقِها للأَب بغَير أمرِها، فإذا جُعِلت في حقِّ قبضِ الصَّداقِ كالصَّغيرة، حتى يَستبِدُّ الأبُ بقَبض صَداقِها.. فكذا في تَزويجها.

ولنا: أنه صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَدَّ نِكاحَ بِكرٍ زَوَّجها أبُوها وهي كارِهةٌ[1]، وفي الحَديث الْمَشهورِ: «البِكرُ تُستأمَرُ في نَفسها، فإن سَكَتت فقد رَضِيَت»[2].

= والبكر: خلاف الثَّيِّب، رجلًا كان أو امرأةً، وهو الذي لم يتزوج... والجمع أبكار، مثل: حِمل وأحمال، والبَكارة بالفتح: عُذرة المرأة. «المصباح» ١/ ٥٨.

(١) روى النسائي في «الكبرى» (٥٣٦١) عن خنساء بنت خذام قالت: أنكحني أبي وأنا كارهة، وأنا بكر، فشكوت ذلك للنبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «لا تُنكِحها وهي كارهة».

وروى (٥٣٦٣) عن عطاء عن جابر: أن رجلًا زَوَّج ابنته وهي بكر من غير أمرها، فأتت النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ففرق بينهما.

وروى (٥٣٦٥) عن أبي سعيد قال: جاء رجل بابنة له إلى النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: هذه ابنتي أبت أن تزوج، فقال: «أطيعي أباك»، كل ذلك تردد عليه مقالتها، فقالت: والذي بعثك بالحق! لا أتزوج حتى تخبرني ما حق الزوج على زوجته، فقال: «حق الزوج على زوجته لو كانت به قرحة فلحستها ما أدت حقه»، فقالت: والذي بعثك بالحق لا أتزوج أبدًا، فقال: «لا تُنكِحوهن إلا بإذنهن».

وروى (٥٣٦٦) عن ابن عباس: أن جارية بكرًا أتت النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت: إن أبي زوجني وهي كارهة، فرد النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نكاحها.

وروى البخاري (٥١٣٨) عن خنساء بنت خذام الأنصارية: أن أباها زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فرد نكاحه.

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٩٤: : غريب بهذا اللفظ، وروى الأئمة الستة (البخاري ٥١٣٦ =

ولأنها حُرّةٌ مُخاطَبةٌ، فلا يَجوزُ تزويجُها بلا رِضاها، كالثَّيِّب.

وهذا لأن الحُرِّيّةَ والخِطابَ يُؤثِّران في استِبداد الإنسانِ بالتَّصرُّف وزَوالِ الافتِياتِ عليه، كما في حقِّ المالِ والغُلامِ.

والوِلايةُ على الصَّغيرة لقُصور عقلِها، وقد زال ذلك بالبُلوغ؛ بدَليل تَوجُّهِ الخِطابِ، وهو الأصلُ، وما عَداه من الأَحكام تابعٌ، فاستَحال أن يُعتبَرُ الكَمالُ في الأَصل والقُصورُ في التّابع، ومتى زال القُصورُ بالبُلوغ زالَت الوِلايةُ.

وبَقاءُ صِفةِ البَكارةِ يُؤثِّرُ في عَدَم الاهتِداءِ؛ لفُقدان التَّجرِبةِ، وهذا لا يُثبِتُ وِلايةَ الافتِياتِ، كما في المال؛ إذ الظّاهرُ أن من يَبلُغُ لا يَهتَدي إلى التَّصرُّفات قبلَ التَّجرِبةِ.

ولكن الاهتِداءُ وعدَمُه مما لا يُوقَفُ عليهما، ويَختلِفُ في ذلك أحوالُ النّاسِ، فأقامَ الشَّرعُ البُلوغَ عن عقلٍ مُقامَ الاهتِداءِ، والصِّغَرَ مُقامَ عدَمِه؛ تَيسيرًا.

وسَقَط اعتِبارُ الجهلِ الذي يَكونُ بعدَ البُلوغِ؛ لعَدَم التَّجرِبةِ، كما سَقَط اعتِبارُ الاهتِداءِ الذي يَكونُ قبلَ البُلوغِ بسَبَب التَّجرِبةِ، ولهذا صحَّ إقرارُها بالنِّكاح، فلو كان

=ومسلم ١٤١٩) من حديث أبي هريرة: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن»، قالوا: يا رسول الله! وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت». انتهى.

وأخرج البخاري (٤٩٤٦) ومسلم (١٤٢٠) عن ذكوان مولى عائشة قالت: قلت: يا رسول الله! تُستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: «نعم»، قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي فتسكت، قال: «سكوتها إذنها». انتهى، واللفظ للبخاري في الإكراه، ولفظ مسلم: قالت: سألت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا؟ قال: «نعم تستأمر»، قلت: فإنها تستحي، قال: «ذلك إذنها، إذا هي سكتت». انتهى، وأخرج الجماعة خلا البخاري عن نافع بن جبير عن ابن عباس قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الأيم أحق بنفسها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها». انتهى. وفي لفظ لمسلم: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها سكوتها». انتهى.

بَقاءُ صِفةِ البَكارةِ كبَقاء صِفةِ الصِّغَرِ.. لم يَصِحَّ إقرارُها بالنِّكاح.

وأما قبضُ الصَّداقِ.. فعندَنا: لو نَهت الأبَ عن قَبض صَداقِها لم يكن له أن يَقبِضَ، ولكن عندَ عدَمِ النَّهيِ له أن يَقبِضَ؛ لوُجود الإذنِ دَلالةً؛ إذ الظّاهرُ أن البِكرَ تَستحيي عن قَبض صَداقِها، وأن الأبَ هو الذي يَقبِضُ ذلك ليُجهِّزَها بذلك مع مالِ نفسِه؛ ليَبعَثَ بها إلى بَيت زوجِها، فكان له أن يَقبِضَ لهذا[(١)].

وفي الثَّيِّب لم تُوجَد هذه العادةُ؛ لأن التَّجهيزَ من الآباء بالإحسان لا يَكونُ مرّةً بعدَ مرّةٍ.

وسُكوتُها دونَ الثَّيِّبِ[(٢)]، وضَحِكُها باستِئذانه فقط: إذنٌ.

فإذا استَأذَنها فسَكَتت أو ضَحِكت: فهو إذنٌ؛ لما رَوَينا[(٣)].

ولأن السُّكوتَ عندَ استِئمارِ الوليِّ كالتَّصريح بالرِّضا؛ لأن لها جَوابَين عندَ الاستِئمارِ: نعم، ولا، فكان سُكوتُها دَليلًا على الجَواب الذي يَحولُ الحَياءُ بينَها وبينَ ذلك، وهو: نعم؛ لما فيه من إظهار الرَّغبةِ في الرِّجال، لا على الرَّدّ.

وكذا لو ضَحِكت؛ لأن الضَّحِكَ أدَلُّ على الرِّضا بالْمَسموع من السُّكوت، ولأن الضَّحِكَ يَحتمِلُ الرَّدَّ، بأن ضَحِكت استِخفافًا، ويَحتمِلُ الرِّضا، بأن ضَحِكت فرَحًا

---

(١) في (هـ): لها.

(٢) قيل للإنسان إذا تزوج: ثيب، وهو فيعل اسم فاعل من ثاب، وإطلاقه على المرأة أكثر؛ لأنها ترجع إلى أهلها بوجه غير الأول، ويستوي في الثيب الذكر والأنثى، كما يقال أيم وبكر للذكر والأنثى. «المصباح» ١/ ٨٧. والثيب من النساء: التي قد تزوجت فثابت بوجه، عن الليث: ولا يقال للرجل، وعن الكسائي: رجل ثيب: إذا دخل بامرأته، وامرأة ثيب إذا دخل بها، كما يقال لهما بكر وأيم. «المغرب» ص٧٢.

(٣) ما ذكره من حديث: «فإن سكتت فقد رضيت».

وسُرورًا، فتَعارَض الجانِبان، فلم يَثبُت واحِدٌ منهما، فبَقِي مُجرَّدُ السُّكوتِ، وسُكوتُ البِكرِ رِضًا؛ لما ذَكَرنا.

وهذا بخِلاف ما لو بَكَت؛ لأن البُكاءَ دَليلُ السُّخطِ والكَراهةِ غالِبًا، والبُكاءُ عن السُّرور يَكونُ نادِرًا، فلا عِبرةَ به.

وقِيل: هذا إذا كان لبُكائها صوتٌ، كالوَيل، فأما لو خَرَج الدَّمعُ بلا صَوت الويلِ: لا يَكونُ ردًّا؛ لأنها تَحزَنُ على مُفارَقة بيتِ أبَويها، وإنما يَكونُ ذلك عندَ الإجازةِ.

وقالُوا: إن ضَحِكت كالْمُستهزِئة بما سَمِعت لا يَكونُ رِضًا، وذا مَعروفٌ عندَ النّاسِ.

وهذا إذا كان الاستِئمارُ من الوليِّ الذي يَملِكُ مُباشَرةَ العقدِ، فإن استَأمَر غيرُ الوليِّ، أو وليٌّ غيرُه أَولى منه: لم يكن رِضًا حتى تَتكلَّمَ به؛ لأن سُكوتَها لِقِلّة[1] الالتِفاتِ إلى كَلامه، فلم يكن دَلالةً على الرِّضا، إلا أن يَكونَ الذي استَأمَرها[2] رَسولَ الوليِّ؛ لأنه قائِمٌ مَقامَ الْمُرسِلِ.

وعن الكَرخيّ: أن سُكوتَها عندَ استِئمارِ الأجنَبيِّ رِضًا؛ لأنها تَستحيِي منه أكثرَ مما تَستحيِي من الوليّ.

ويُعتبَرُ في الاستِئمار تَسميةُ الزَّوجِ على وجهٍ تَقَعُ به الْمَعرِفةُ؛ لأن رَغبتَها تَختلِفُ باختِلاف الزَّوجِ، ولا يَقِفُ الأبُ على مُرادها.

ولا يُشترَطُ تَسميةُ المهرِ؛ لأن الأبَ يَعرِفُ مُرادَها في ذلك، وهو صَداقُ مِثلِها، فلا حاجةَ إلى تَسمِيته.

ولأنه في أَصل النِّكاحِ يُشترَطُ تَسميةُ الزَّوجَين دونَ المهرِ، ففي الاستِئمار أَولى.

---

(١) في (ب): لعلة.

(٢) في (ب) و(ج): استأذنها.

وقِيل: لا بُدَّ من تَسمِية المهرِ في الاستِئمار؛ لأن رَغبتَها تَختلِفُ باختِلاف قِلّةِ الصَّداقِ وكَثرتِه.

والصَّحيحُ: أن الْمُزوِّجَ إن كان أبًا أو جدًّا.. فذِكرُ الزَّوجِ يَكفي؛ لأنه لا يَنقُصُ عن الْمَهر إلا لغرَضٍ فوقَه، وإن كان غيرَهما فلا بُدَّ من تَسمِيته الزَّوجَ والمهرَ.

ولو زَوَّجها فبلَغها الخبرُ، فسَكَتت: فهو على ما ذَكَرنا.

وقال محمدُ بنُ مُقاتِلٍ: إن استأمَرها قبلَ العقدِ فسَكَتت: فهو رِضًا، فأما إذا بَلَغها العقدُ فسَكَتت: لا يَكونُ رِضًا؛ لأنه ثَبَت بخِلاف القِياسِ قبلَ[1] العقدِ بالنَّصّ[2]، وهذا ليس في مَعناه، لأن السُّكوتَ عندَ الاستِئمارِ لا يَكونُ مُلزِمًا، وحينَ يَبلُغُها العقدُ يَكونُ مُلزِمًا.

قُلنا: هذا في مَعناه؛ لأنه إنما جُعِل رِضًا هناك بعِلّة الحَياءِ، وهو مَوجودٌ هنا.

ثم الْمُخبِرُ إن كان فُضوليًّا شُرِط فيه العدَدُ أو العَدالةُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما؛ لأن فيه إلزامًا من وجهٍ دونَ وجهٍ، ولو كان رَسولًا لا يُشترَطُ إجماعًا.

ونَظيرُه: عزلُ الوَكيلِ، وحَجرُ الْمَأذونِ، ووُقوعُ العِلمِ بفَسخ الشِّرْكةِ والْمُضارَبةِ، ووُجوبُ الشَّرائعِ على الْمُسلِم الذي لم يُهاجِر.

ولو استَأذَن الثَّيِّبَ فلا بُدَّ من رِضاها بالقَول؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثَّيِّبُ تُشاوَرُ[3]»[4].

---

(١) في (هـ): فإن قبل.

(٢) أي مما ذكره من حديث: «فإن سكتت فقد رضيت».

(٣) في (هـ): تستأذن.

(٤) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٩٥: غريب بهذا اللفظ، وتقدم معناه قريبًا. وقال العيني في «البناية»=

ولأن الأصلَ في السُّكوت أن لا يَكونَ رِضًا؛ لكَونه مُحتمِلًا في نَفسه، وإنما أُقِيم مُقامَ الرِّضا في حقِّ البِكرِ: لضَرورة الحَياءِ.

والثّابتُ بالضَّرورة لا يَعدو عن مَوضِع الضَّرورةِ، ولا ضَرورةَ في الثَّيِّب؛ لأنه قَلَّ الحَياءُ بالْمُمارَسة، فلا يُكتفى بسُكوتها عندَ الاستِئمارِ وحينَ بَلَغها العقدُ إذا[1] وُجِد فِعلٌ يَدُلُّ على الرِّضا، فهو كالقَول، كتَمكينها نفسَها، ومُطالَبتِها مهرَها ونَفَقتَها؛ لأن الدَّلالةَ تَعمَلُ عمَلَ الصَّريحِ.

وإن[2] زالَت بكارُتها بوَثْبةٍ(ف)[3]، وحَيضةٍ(ف)، وجِراحةٍ(ف)، وتَعنيسٍ(ف)[4]، وزِنًى(س م ف).

= ٥/ ٨٦: هذا غريب بهذا اللفظ، وروى مسلم من حديث ابن عباس رَضِيَاللَّهُعَنْهُمَا مرفوعًا: «والثيب أحق بنفسها من وليها»، وروى أبو داود والنسائي من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مرفوعًا: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «ليس للولي مع الثيب أمر». انتهى بتصرف.

وقال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٦٢: لم أره بهذا اللفظ، وأما بمعناه فتقدم. انتهى، لكن قال في «فتح الباري» ٩/ ١٩٢: ووقع عند ابن المنذر في رواية عمر بن أبي سلمة عن أبيه في هذا الحديث: «الثيب تشاور».

(١) في (أ) و(ب) و(د): وإذا.

(٢) إن هنا وصلية.

(٣) الوثبة: القفزة. «المصباح» ٢/ ٦٤٧.

(٤) عَنَسَت المرأةُ تَعنِس: من باب ضرب، وفي لغة: عَنَست عُنوسًا، من باب قعد، والاسم العِناس بالكسر: إذا طال مُكثها في منزل أهلها بعد إدراكها ولم تتزوج، حتى خرجت من عِدَاد الأبكار، فإن تزوجت مرةً فلا يقال عَنَست.

وهي عانس، بغير هاء.

وعَنَس الرجل: إذا أسنَّ ولم يتزوج، فهو عانس.

وعَنَسَت وعَنَّسَت بالتثقيل: مبالغة وتأكيد، وأنكر الأصمعي الثلاثي، وقال: إنما يقال رباعيًا متعديًا، فيقال: عَنَّسها أهلُها، وقال الليث: عَنَّسها أهلُها: أمسكوها عن التزويج. =

وإن زالَت بَكارتُها بوَثبةٍ، أو حَيضةٍ، أو جِراحةٍ، أو تعنيسٍ: فهي في حُكم الأبكارِ.

خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، له: أن البِكرَ اسمٌ لامرَأةٍ عُذْرَتُها قائِمةٌ، والثَّيِّبُ مَن زالَت عُذرتُها، وهذه قد زالَت عُذرتُها، فتكونُ ثَيِّبًا.

ولنا: أن البِكرَ من يَكونُ مُصيبُها أوَّلَ مُصيبٍ لها، ومنه: البُكرةُ، والباكُورةُ[1]: لأوَّل النَّهارِ والثِّمارِ، ولهذا تَدخُلُ في الوَصِيّة لأَبكار بَني فُلانٍ.

فإن قِيل: لو اشتَرى أمةً بشَرط أنها بِكرٌ له ردُّها لو وَجدها بهذه الصِّفةِ.

قُلنا: قد قِيل: لا تكونُ له وِلايةُ الرَّدِّ إذا أَقرَّ الْمُشتَري أن عُذرتَها قد زالَت بالوَثبة.

ولأنها بِكرٌ، لكنها ليست بعَذراءَ، والْمُعتادُ بينَ النّاسِ أنهم يُريدون باشتِراط البَكارةِ في الشِّراء صِفةَ العُذرةِ، والحُكمُ هنا تَعلَّق بالحَياء أو بصِفة البَكارةِ، وهما قائِمان.

وإن زالَت بَكارتُها بزِنًى فكذلك عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: لا يُكتفى بسُكوتها، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها ثَيِّبٌ حَقيقةً، فإن الثَّيِّبَ اسمٌ لامرَأةٍ يَكونُ مُصيبُها عائِدًا إليها، مُشتَقٌّ من قَولهم: ثاب: أي رَجَع، ومنه: الْمَثوبةُ؛ لأنها جَزاءُ عمَلٍ يَعودُ إليه، والْمَثابةُ؛ لأنها مَرجِعُ النّاسِ، والتَّثويبُ؛ لأنه عَودٌ إلى الإعلام بعدَ الإعلامِ.

ولهذا تَدخُلُ في وَصِيّة الثَّيِّبِ دونَ الأبكارِ.

وإذا كانَت ثَيِّبًا وَجبت مَشورتُها بالنَّصّ[2]، ولا يَصِحُّ الاشتِغالُ بالتَّعليل؛ لأنه

= وسئل بعض التابعين عن الرجل يتزوج المرأة على أنها بكر فإذا هي لا عُذرة لها، فقال: إن العُذرة يذهبها التعنيس والحيضة. «المصباح» ٢/ ٤٣٢.

(١) في (د): والبكارة.

(٢) أي حديث: «الثَّيِّبُ تُشاوَرُ».

يَتضمَّنُ إبطالَ حُكمٍ ثَبَت بالنَّص.

وله: أن سُكوتَ البِكرِ جُعِل إذنًا بعِلّة[1] الحَياءِ، وهو[2] مَنصوصٌ عليها، فإن عائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنها قالَت: إن البِكرَ لتَستحيِي[3]، فقال صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «إذنُها صُماتُها»[4].

والكَلامُ إذا خَرَج مَخرَجَ الجَوابِ يَتضمَّنُ إعادةَ ما في السُّؤال، فصار كأنه صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ قال: إذنُها صُماتُها لأنها تَستحيِي.

والحَياءُ هنا قائِمٌ؛ لأنها ابتُلِيت بالزِّنى مرّةً لفَرْط الشَّبَقِ أو للإكراه، فلا يَزولُ حَياؤُها، بل يَزدادُ؛ لأن في الاستِنطاق ظُهورَ فاحِشتِها، وهي تَستحيي من ذلك غايةَ الحَياءِ.

وقولُه صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «الثَّيِّبُ تُشاوَرُ»[5].. خُصَّت منه الأمةُ والْمَجنونةُ، والعمَلُ بالعِلّة الْمَنصوصةِ التي لم تُخَصَّ أَولى من العَمَل بذلك النَّصِّ الْمَخصوصِ.

فإن قِيل: حَياءُ البِكر حَياءٌ من[6] كَرَم الطَّبيعةِ، وهو مَحمودٌ، وهذا حَياءٌ من ظُهور الفاحِشةِ، فلم يكن في مَعنى الْمَنصوصِ عليه.

قُلنا: هذا الحَياءُ مَحمودٌ أيضًا؛ لأنها تَستُرُ على نَفسها، وقد أُمِرت بذلك؛ قال صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ: «من أَصاب من هذه القاذُوراتِ شيئًا فلْيَستتِر بسِتر اللهِ تَعالى»[7].

والحَياءُ من ظُهور الْمَعصِيةِ من كَرَم الطَّبيعةِ وحُسنِ العَقيدةِ أيضًا.

---

(١) في (هـ): بغلبة.

(٢) في (د): وهي.

(٣) في (ب): لتستحيي يا رسول الله!

(٤) رواه البخاري (٦٩٧١)، ومسلم (١٤٢١).

(٥) تقدم تخريجه.

(٦) مثبتة من (ب) و(و).

(٧) تقدم تخريجه من رواية الإمام مالك.

ولما سَقَط نُطقُها في مَوضِعٍ كان نُطقُها دَليلَ رَغبتِها في الرِّجال على أحسَن الوُجوهِ.. فلأَن يَسقُطَ نُطقُها في مَوضِعٍ يَكونُ نُطقُها دَليلَ رَغبتِها في الرِّجال على أفحَش الوُجوهِ أَولى.

بخِلاف ما إذا وُطِئت بشُبهةٍ أو بنِكاحٍ فاسِدٍ؛ لأن الشَّرعَ أظهَر ذلك[1] الفِعلَ عليها حينَ ألزَمها العِدّةَ والمهرَ، وأثبَت النَّسبَ، وهنا الشَّرعُ ما أظهَر عليها؛ إذ لم يُعلِّق به شيئًا من الأَحكام، وأمَرها بالسَّتر على نَفسها.

فإن أُخرِجت وأُقِيم عليها الحدُّ: فالصَّحيحُ أن لا يُكتفى بسُكوتها، وكذا إذا صار الزِّنى عادةً لها.

وقِيل: يُكتفى بسُكوتها أيضًا في هذين الفَصلَين؛ لأنها بِكرٌ شرعًا؛ ألا تَرى أنها تَدخُلُ تحتَ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البِكرُ بالبِكر جلدُ مائةٍ وتَغريبُ عامٍ»[2].

ولكن هذا ضَعيفٌ[3]؛ فإن هذا مَوجودٌ في الْمَوطوءة بشُبهةٍ ونِكاحٍ فاسِدٍ، ولا يُكتفى بسُكوتها، فعُلِم أن الْمُعتبرَ بَقاءُ صِفةِ الحَياءِ.

والقولُ لها(ز) إن اختَلَفا في السُّكوت.

وإذا قال الزَّوجُ: (بَلَغكِ النِّكاحُ فسكَتِّ)، وقالَت: (بل رَدَدتُ): فالقولُ لها.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: القولُ له؛ لأنه مُتمسِّكٌ بما هو الأصلُ، وهو السُّكوتُ، والْمَرأةُ تَدَّعي عارِضًا، وهو الرَّدُّ، فيَكونُ القولُ قولَ من هو يَتمسَّكُ[4] بالأَصل.

---

(١) في (هـ): دليل.

(٢) رواه مسلم (١٦٩٠).

(٣) أي الاستدلال والتعليل.

(٤) في (هـ): متمسك.

كالْمَشروط له الخِيارُ مع صاحِبِه إذا اختَلَفا بعدَ مُضِيِّ الْمُدّةِ، فادَّعى من له الخِيارُ الرَّدَّ، وأنكره صاحِبُه: فالقولُ له؛ لتَمسُّكه بالأَصل، وهو السُّكوتُ.

وكذا الْمُشتَري والشَّفيعُ إذا اختَلَفا، فقال الشَّفيعُ: (عَلِمتُ بالبَيع أمسِ فطَلَبتُ[1] الشُّفعةَ)، وقال الْمُشتَري: (بل سكَتَّ): فالقولُ للمُشتَري؛ لتمسُّكه بالأَصل.

ولنا: أن الزَّوجَ يَدَّعي تَملُّكَ بُضعِها، وهو حادِثٌ، وهي تُنكِرُ، فكانَت مُتمسِّكةً بالأَصل معنًى، فالقولُ لها، كما لو ادَّعى أصلَ العقدِ وأنكرَت.

وهذا لأن العِبرةَ للمَعاني، لا للصُّوَر والْمَباني؛ فإن الْمُودَعَ إذا قال: رَدَدتُ الوَديعةَ، وأنكَر ربُّ الوَديعةِ: كان القولُ قولَه؛ لأنه يُنكِرُ الضَّمانَ من حيثُ الْمَعنى، كذا هنا.

وما قاله زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ نوعُ ظاهِرٍ، والظّاهرُ يَكفي لدَفع الاستِحقاقِ لا لإِثبات الاستِحقاقِ، والزَّوجُ يَحتاجُ إلى إِثبات الاستِحقاقِ، وحاجةُ الْمُشتَري إلى دَفع استِحقاقِ الشَّفيعِ، والظّاهرُ يَكفي لدَفعه.

وسبَبُ لُزومِ العقدِ مُضِيُّ مُدّةِ الخِيارِ، وقد ظَهَر، فحاجةُ الآخرِ إلى دَفع استِحقاقِ مُدَّعي الفسخِ، والظّاهرُ يَكفي لذلك.

فإن أقامَ البيِّنةَ على سُكوتها ثَبَت النِّكاحُ، وإلا فلا نِكاحَ بينَهما.

ولا يَمينَ عليها[2] عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وهي مَسألةُ الاستِحلافِ في الأَشياء السِّتّةِ، وستَجيءُ في الدَّعوى إن شاء اللهُ تَعالى.

فإن كان الزَّوجُ دَخَل بها، ثم قالَت: (لم أرضَ): لا تُصدَّقُ على ذلك؛ لأن تَمكينَها الزَّوجَ من نَفسها أدَلُّ على الرِّضا من سُكوتها، إلا أن يَكونَ دَخَل بها وهي مُكرَهةٌ،

---

(١) في (أ) و(ج): وطلبت.

(٢) في (أ): عليهما.

فحينَئذٍ يَكونُ القولُ لها، ولا يُقبَلُ عليها قولُ وليِّها بالرِّضا.

ويُزوِّجُ الصَّغيرَ والصَّغيرةَ وَلِيٌّ عَصَبةٌ(ك ف)(١)، ولو فاسِقًا(ف).

ويَجوزُ نِكاحُ الصَّغيرِ والصَّغيرةِ إذا زَوَّجهما الوليُّ، بِكرًا كانَت الصَّغيرةُ أو ثيِّبًا.

والوليُّ هو: العَصَبةُ؛ لما رُوِي أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تزوَّج عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وهي بِنتُ سِتِّ سِنين، وبَنى بها وهي بِنتُ تِسع سِنين، وكانَت عندَه تِسعًا أُخَرَ(٢).

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: ليس لأحدٍ سِوى الأبِ تزويجُ الصَّغيرِ والصَّغيرةِ؛ لأن وِلايةَ الأبِ على الحُرّة ثَبَتت نصًّا بخِلاف القِياسِ؛ لأن أثرَ الحُرِّيّةِ في دَفع تَسلُّطِ الأغيارِ(٣)، إلا أن وِلايةَ الأبِ ثَبَتت نصًّا، فبَقِي الباقِي على قَضِيّة القِياسِ(٤).

والنَّصُّ الوارِدُ ثَمَّ لا يَكونُ وارِدًا هنا؛ لقُصور الشَّفَقةِ في الجدّ، ووُفورِها في الأَب.

ولنا: أنها مُوافِقةٌ للقِياس؛ لأن النّكاحَ من جُملة الْمَصالِحِ للذُّكور والإناثِ، وهي تَشتمِلُ على أغراضٍ ومَقاصِدَ لا تَتوفَّرُ إلا بينَ الْمُتكافِئَين.

والكفُؤُ لا يَتَّفِقُ في كلِّ وقتٍ، فكانَت الحاجةُ ماسّةً إلى إثبات الوِلايةِ للوليِّ في الصِّغَر؛ لئلا يَفوتَ الكفُؤُ الخاطِبُ، مع عِزّةِ وُجودِه لو انتظَر البُلوغَ(٥).

(١) العصبة: القرابةُ الذُّكور الذين يُدْلُون بالذكور.
هذا معنى ما قاله أئمة اللغة، وهو جمع عاصب، مثل كفرة جمع كافر.
وقد استعمل الفقهاء العصبة في الواحد إذا لم يكن غيره؛ لأنه قام مقام الجماعة في إحراز جميع المال، والشرع جعل الأنثى عصبةً في مسألة الإعتاق، وفي مسألة من المواريث، فقلنا بمقتضاه في مورد النص، وقلنا في غيره: لا تكون المرأة عصبةً لا لغةً ولا شرعًا. «المصباح» ٢/ ٤١٢.

(٢) رواه البخاري (٣٨٩٦) و(٥١٣٤)، ومسلم (١٤٢٢).

(٣) في (ب) و(و): الأعيان.

(٤) في (ب): ثبتت نصا بخلاف القياس على قضية القياس.

(٥) في (ب) و(ج): بلوغها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس لغَير الأبِ والجدِّ تزويجُ الصَّغيرِ والصَّغيرةِ؛ لأن هذه الوِلايةَ نَظَرِيّةٌ، ولا نظَرَ في التَّفويض إلى غَير الأبِ والجدِّ؛ لقُصور شَفَقتِه، وبُعدِ قَرابتِه.

ولهذا لا تَثبُتُ وِلايتُه في المال، وحاجتُها إلى التَّصرُّف في المال في الصِّغَر أكثرُ من حاجَتِها إلى التَّصرُّف في النَّفس؛ لعَدَم الشَّهوةِ.

وأمرُ المالِ أهونُ من النَّفس، فلأَن لا[1] تَملِكَ التَّصرُّفَ في نَفسها وأمرُها أعظمُ؛ إذ النَّفسُ أنفسُ كلِّ نَفيسٍ.. أولى.

ولنا: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الإنكاحُ إلى العَصَبات»[2]، مُطلَقًا بلا فصلٍ بينَ عَصَبةٍ وعَصَبةٍ.

ولأن سببَ ثُبوتِ الوِلايةِ قد وُجِد، وهو القَرابةُ الباعِثةُ على النَّظَر، إلا أنها ليست بتامّةٍ، فلم يَجُز تَعطيلُ الأصلِ؛ لقُصورٍ في الوَصف، فاعتبَرنا أثَرَ القُصورِ في وِلاية الاعتِراضِ بعدَ البُلوغِ.

بخِلاف التَّصرُّفِ في المال؛ لأنه يَتكرَّرُ مرّةً بعدَ أُخرى، ويَتطرَّقُ إلى الأَعواض[3] التَّوى[4].

وقد يَتعذَّرُ الظَّفَرُ بمن عاقَدَه الوليُّ؛ لغَيبته، أو لخُموله، أو لِمَوته، أو لِنسيانه.

---

(١) سقطت من (و).

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٦٢: لم أجده، وقال العيني في «البناية» ٥/ ٩٣: ذكر هذا الحديث شمس الأئمة السرخسي (٤/ ٢١٩)، وسبط ابن الجوزي، ولم يخرجه أحد من الجماعة، ولا يثبت، مع أن الأئمة الأربعة اتفقوا على العمل به في حق البالغة. اهـ. قلت: ووقفه في «البدائع» ٢/ ٢٤٠ على سيدنا عليٍّ رضي الله تعالى عنه.

(٣) في (ب) و(هـ): الاعتراض.

(٤) في (هـ): القوي.

فلو وَقَع الخلَلُ فيه لا يُمكِنُ تَدارُكُه، فلم يُمكِن أن تَثبُتَ وِلايةُ التَّصرُّف في المال لغَير الأبِ والجدِّ إلا مُلزِمةً، ولا تَثبُتُ وِلايةُ الإلزامِ مع قُصورِ الوِلايةِ، فسَلَبنا الوِلايةَ عنه أصلًا.

أما النِّكاحُ: فإنه يَقعُ مرّةً ولا يَتكرَّرُ، فلو وَقَع فيه خلَلٌ يُمكِنُ تَدارُكُه بالاعتِراض بعدَ البُلوغِ.

ثم إذا مات زوجُ الصَّغيرةِ، أو طَلَّقها بعدَما دَخَل بها ومَضَت عِدَّتُها: لأبِيها أن يُزوِّجَها عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس للأَب أن يُزوِّجَ الثَّيِّبَ[1] الصَّغيرةَ حتى تَبلُغَ، فيُشاوِرَها؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثَّيِّبُ تُشاوَرُ»[2].

والأصلُ: أن الحُكمَ متى عُلِّق على اسمٍ مُشتَقٍّ كان مأخَذُ الاشتِقاقِ عِلّةَ ثُبوتِ الحُكمِ، كما في الزّاني والسّارقِ.

ولأنها ثَيِّبٌ تُرجى مَشورتُها إلى وقتٍ مَعلومٍ، فلا يُزوِّجُها ولِيُّها بلا رِضاها، كالنّائِمة والْمُغمى عليها؛ وهذا لأن بالثُّيوبة حَدَث الاختِبارُ ومُمارَسةُ الرِّجالِ، فتَزولُ وِلايةُ الافتِياتِ عليها، كالبُلوغ في التَّصرُّف الماليِّ.

بخِلاف الْمَجنونةِ؛ لأنه ليس لزَوال الجُنونِ غايةٌ مَعلومةٌ، فلو أَخَّرنا العقدَ إلى إفاقتها لتَضرَّرت، ولبُلوغ الصَّغيرةِ وقتٌ مَعلومٌ، فلا يَكونُ في تأخير العقدِ إلى بُلوغها إبطالُ حقِّها.

ولنا: أنه وليٌّ من لا يَلي نفسَه ومالَه، فيَستبِدُّ بالعَقد عليه، كالبِكر؛ وهذا لأن

---

(١) في (هـ): البنت.

(٢) تقدم تخريجه.

الصَّغيرةَ لا تَعرِفُ مَصالِحَ النِّكاحِ ومَفاسِدَه لقُصور عقلِها بالصِّغَر، فقام رأيُ الوليِّ مَقامَ رأيِها، كما في الغُلام والمالِ.

وبالثُّيوبة لم يَحدُث لها رأيٌ في الصِّغَر؛ لأنها ما قَضت شَهوتَها بذلك الفِعلِ، ولئن ثَبَت لها رأيٌ فهي عاجِزةٌ عن التَّصرُّف، فأُقِيم تصرُّفُ الوليِّ مُقامَ تَصرُّفِها.

والْمُرادُ بالحَديث[1]: البالِغةُ؛ لأنه عَلَّق به ما لا يَتحقَّقُ إلا بعدَ البُلوغِ، وهو الْمُشاوَرةُ.

وكما يَجوزُ للأَب عندَنا تَزويجُ الثَّيِّبِ الصَّغيرةِ.. فكذا يَجوزُ لغَير الأبِ والجدِّ؛ لما رَوَينا[2].

والتَّرتيبُ في العَصَبات في وِلاية الإنكاحِ كالتَّرتيب في الإِرث، والأبعدُ مَحجوبٌ بالأقرَب.

فأقربُ الأولِياءِ: الابنُ، ثم ابنُ الابنِ وإن سَفَل، ثم الأبُ، ثم الجدُّ أبو الأبِ وإن عَلا، ثم الأخُ لأبٍ وأُمٍّ، ثم لأبٍ، ثم ابنُ الأخِ لأبٍ وأُمٍّ، ثم ابنُ الأخِ لأبٍ، ثم العمُّ لأبٍ وأُمٍّ، ثم العمُّ لأبٍ، ثم ابنُ العمِّ لأبٍ وأُمٍّ، ثم ابنُ العمِّ لأبٍ، ثم الْمُعتِقُ.

والفاسِقُ يُزوِّجُ ولِيَّتَه، كالعَدل، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والكَلامُ فيه كالكَلام في شَهادته، وقد مرّ.

فإن زَوَّج الأبُ أو الجدُّ الصَّغيرَ أو[3] الصَّغيرةَ: فلا خِيارَ لهما بعدَ بُلوغِهما؛ لأنه وافِرُ الشَّفَقةِ، كامِلُ الرَّأيِ، يَنظُرُ لها فوقَ ما يَنظُرُ لنَفسه، تامُّ الوِلايةِ؛ إذ وِلايتُه تَعُمُّ المالَ والنَّفسَ، فيَلزَمُ العقدُ بمُباشَرته، كما[4] إذا باشَراه برِضاهما بعدَ بُلوغِهما.

(١) أي حديث: «الثيب تشاور».

(٢) من حديث: «الإنكاح إلى العصبات».

(٣) في (أ) و(ج): و.

(٤) سقطت من (هـ).

وفي غَير الأبِ والجدِّ ببُلوغهما: خِيارُ(س)[1] الفسخِ[2] بقضاءٍ.

وإن زَوَّجهما غيرُ الأبِ والجدِّ: فلكلِّ واحِدٍ منهما الخِيارُ إذا بَلَغ، إن شاء أقامَ على النِّكاح، وإن شاء فَسَخ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا خِيارَ لهما؛ لأن النِّكاحَ عقدٌ لازِمٌ، وقد صَدَر من الوليِّ، فلا يُفسَخُ؛ قِياسًا على الأَب والجدِّ؛ وهذا لأن الوِلايةَ لم تُشرَع في غَير مَوضِعِ النَّظَرِ؛ صِيانةً عن الإِفضاء إلى الضَّرر.

وإذا صحَّ النَّظَرُ قام عقدُ الوليِّ مَقامَ عقدِه بنَفسه لو كان بالِغًا.

ولهما: أن التَّزويجَ صَدَر ممن هو قاصِرُ الشَّفَقةِ، فلها الخِيارُ إذا مَلَكت أمرَ نفسِها، كالأَمة الْمُزوَّجةِ إذا عَتَقت.

وهذا لأن أصلَ الشَّفَقةِ مَوجودٌ للوليّ، ولكنها ناقِصةٌ عندَ الْمُقابَلةِ بشَفَقة الأبِ والجدِّ، وقد ظَهَر أثرُ النُّقصانِ حُكمًا، حتى امتنَع ثُبوتُ الوِلايةِ في المال.

فلاعتِبار أصلِ الشَّفَقةِ نَفَّذنا العقدَ في الحال، ولاعتِبار القُصورِ أثبَتنا الخِيارَ في المال؛ ليُضافَ ضرَرٌ لو كان إلى اختِيار البالِغة على نَفسها، فيَبرأُ الأولِياءُ عن عُهدة اليَتامى.

بخلاف الأبِ أو الجدِّ؛ فإنه وافِرُ الشَّفَقةِ، تامُّ الوِلايةِ، فلا يُحتاجُ إلى إثبات الخِيارِ.

---

(١) أي يكون لهما خيار الفسخ ببلوغهما.

(٢) الفسخ شرعًا: رفع العقد على وصف كان قبله بلا زيادة ونقصان... وفي «الأشباه»: حقيقته حل ارتباط العقد، ويقابله العقود. «التعريفات الفقهية» ص١٦٤.

وهو هنا الفسخ بخيار البلوغ، وخيار البلوغ: أن يكون لمن زُوِّجت صغيرةً خِيار الإبقاء على النكاح أو فسخه عند بلوغها. «لغة الفقهاء» ص٢٠٢.

وقولُه: (غيرُ الأبِ والجدِّ) يَتناوَلُ القاضِيَ والأُمَّ، حتى إذا زَوَّج القاضِي أو الأُمُّ يَثبُتُ الخِيارُ، وهو **الصَّحيحُ**(١)؛ لأن الوِلايةَ الْمُلزِمةَ تُبتنى على الرَّأي الكامِلِ والشَّفَقةِ الوافِرةِ.

والأُمُّ وإن كانَت شَفقتُها وافِرةً فرأيُها قاصِرٌ، والقاضِي وإن كَمُل رأيُه فشَفَقتُه قاصِرةٌ.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَثبُتُ الخِيارُ لهما؛ لأن وِلايةَ القاضِي تامّةٌ؛ لأنها تَعُمُّ المالَ والنَّفسَ، وشَفَقةُ الأُمِّ فوقَ شَفَقةِ الأبِ، فكانا كالأَب.

قُلنا(٢): وِلايتُهما مُتأخِّرةٌ عن وِلاية الأخِ والعمِّ، فلما ثَبَت الخِيارُ لهما في تَزويج الأخِ والعمِّ.. ففي تَزويجهما أَولى.

ولا تَكونُ هذه الفُرقةُ إلا عندَ القاضِي؛ لأن في أَصله وَهاءً؛ إذ هو مُختلَفٌ فيه، منهم من أَبى، ومنهم من رَأى.

وسببُه: تركُ نظَرِ الوليِّ، ولا يُوقَفُ على حَقيقته، فتَوقَّف على القَضاء، كالرُّجوع في الهِبة.

بخِلاف خِيارِ الْمُخيَّرة؛ فإنها إذا اختارَت نفسَها وَقَعت الفُرقةُ بلا قَضاءٍ(٣)؛ لأن سبَبَه قويٌّ في نَفسه، وهو تَخييرُ الزَّوجِ.

وبخِلاف خِيارِ العَتقِ؛ لأن سببَه مَقطوعٌ به، وهو زِيادةُ مِلكِ الزَّوجِ عليها، ولهذا تَختصُّ بالأُنثى؛ لأن زِيادةَ الْمِلكِ في العَتقِ تُتصوَّرُ في الأَمة دونَ العبدِ؛ ألا تَرى أنه كان

(١) في حاشية (أ): وعليه الفتوى.

(٢) في (هـ): ولنا.

(٣) في (ب): بالإفضاء.

يَملِكُ مُراجعتَها في قُرءَين، ويَملِكُ عليها تطليقتَين، وتَنقضي عِدّتُها بحَيضتَين.

وقد ازداد ذلك بالعَتق، فكان لها أن تَدفَعَ الزِّيادةَ؛ لأن وِلايةَ الْمَولى لم تكن ثابِتةً في هذه الزِّيادةِ، فصار العقدُ في حقِّ هذه الزِّيادةِ كأنه وُجِد الآنَ، فكان الاختِيارُ منها دفعًا للحُكم عن الثُّبوت لا رفعًا له بعدَ الثُّبوتِ.

والدَّفعُ لا يَفتقِرُ إلى القَضاء؛ لأن الدَّفعَ أمرٌ يَستقِلُّ[1] به الدّافعُ؛ لأن لكلِّ واحِدٍ وِلايةَ دفعِ الضَّرَرِ عن نَفسه، كالرَّدِّ بالعَيب قبلَ القبضِ، فإنه يَتِمُّ بالخَصم بدُون الحُكمِ.

ولأنها تَنفرِدُ بدَفع أصلِ الْمِلكِ بعدَ[2] الحُرِّيَةِ، حتى لا يَجوزُ النِّكاحُ بلا رِضاها، فكذا تَنفرِدُ بالزِّيادة، إلا أنها لا تَملِكُ دفعَ الزِّيادةِ إلا برَفع[3] ما كان ثابتًا، وهو أصلُ الْمِلكِ، فمَلَكت رفعَ[4] ما كان ثابِتًا ضِمنًا لدَفع الزِّيادةِ لا قصدًا.

ولا يُقالُ: إن الْمَرأةَ إن كانَت دافِعةً للزِّيادة فهي مُبطِلةٌ حقَّ الزَّوجِ عما كان ثابِتًا له، والزَّوجُ[5] يَبقى مِلكُه الثّابتُ، ثم تَثبُتُ الزِّيادةُ ضِمنًا له، فلماذا تَرجَّح جانِبُها؟

لأن الزَّوجَ وإن تَضرَّر بإبطال ما كان ثابِتًا له.. إلا أن اعتِبارَ جانبِها أَولى؛ لأنها تُبطِلُ حقًّا مُشترَكًا بينَها وبينَه؛ لدَفع زِيادةِ الحقِّ عليها له، وهو يُثبِتُ لنَفسه زِيادةَ حقٍّ عليها لاستِيفاء[6] حقٍّ مُشترَكٍ بينَها وبينَه.

---

(١) في (هـ): يستقبل.

(٢) في (ب): بهذه.

(٣) في (د): بدفع.

(٤) في (د): دفع.

(٥) في (هـ): وإن الزوج.

(٦) في (هـ): لاستيفاء.

وهنا حُكمُ العقدِ قد ثَبَت على الكَمال، ولم يَزْدَد الْمِلكُ بالبُلوغ، ولكنا احتَجنا إلى الفَسخ: لتَوهُّم تركِ النَّظَرِ من الوليّ؛ لقُصور شَفقَتِه، وذا خفيٌّ مَوهومٌ؛ إذ لو كان ظاهِرًا لَمَا نَفَذ؛ لأن الوِلايَةَ مُقيَّدةٌ بالنَّظَر.

ولهذا تَشمَلُ الذَّكَرَ والأُنثى؛ لأن تَمكُّنَ الخلَلِ يَشمَلُهما، فجُعِل إلزامًا في حقِّ الآخرِ؛ لكَونه رفعًا لحُكمٍ ثابتٍ، فيَتوقَّفُ على قَضاء القاضِي، كالرَّدِّ بالعَيب بعدَ القبضِ؛ لأن له وِلايَةَ الإلزامِ.

ثم عندَهما: إذا بَلَغت الصَّغيرةُ وقد عَلِمت بالنّكاح، فسَكَتت: فهو رِضًا، وإن لم تَعلَم بالنّكاح: فلها الخِيارُ حتى تَعلَمَ فتَسكُتَ.

شُرِط العِلمُ بأَصل النّكاحِ: لأنها لا تَتمكَّنُ من التَّصرُّف بالخِيار إلا بالعِلم، والوليُّ يَنفرِدُ بالنّكاح، فكانَت مَعذورةً، ولم يُشترَط العِلمُ بالخِيار، كالْمُخيَّرة.

بخِلاف الْمُعتَقةِ؛ فإنها إذا عَلِمت بالعَتق ولم تَعلَم بالخِيار: لا يَسقُطُ خِيارُها حتى تَعلَمَ به؛ لما قُلنا إنه إلزامٌ، والجهلُ لا يَصلُحُ حُجّةً لإلزام الحُكمِ على الغَير، وهناك دفعٌ، والجهلُ يَصلُحُ عُذرًا لدَفع إلزامِ الغيرِ عن نَفسه.

ولأن جهلَ الأمةِ في مَوضِعه؛ لأنها لا تُخالِطُ الحَرائرَ، ولا تَتفرَّغُ لِمَعرِفة الأحكامِ؛ لاشتِغالها بخِدمة الْمَولى.

وجهلُ الصَّغيرةِ والْمُخيَّرةِ في مَوضِع العِلمِ؛ لأن الدّارَ دارُ الإسلامِ واشتِهارِ الأحكامِ، وهي تَتفرَّغُ لِمَعرِفة أحكامِ الشَّرعِ، فكان باطِلًا، كجَهل من أسلَم في دار الحربِ بالشَّرائِع جُعِل عُذرًا، وفي دارنا لا يُجعَلُ عُذرًا.

وبَطَل بسُكوتها إن[1] عَلِمت بِكرًا بالِغةً[2]، لا بسُكوته، ما لم يَرضَ، ولو دَلالةً،

(١) في (ف): وإن.

(٢) مثبتة من (م).

وتَوارثا قبلَه.

ثم خِيارُ البِكرِ الأُنثى يَبطُلُ بالسُّكوت، ولا يَبطُلُ خِيارُ الغُلامِ، سَواءٌ كان بِكرًا أو ثَيِّبًا، ما لم يَقُل: (رَضِيتُ)، أو يَجِيْ منه ما يُعلَمُ أنه رَضِي، كتَسليم الصَّداقِ ونحوِه.

وكذا الثَّيِّبُ[1] إذا دَخل بها الزَّوجُ قبلَ البُلوغِ، فإن خِيارَها لا يَبطُلُ ما لم تَقُل: (رَضِيتُ)، أو يَجِيْ منها[2] ما يُعلَمُ[3] أنه رِضًا؛ اعتِبارًا لهذه الحالةِ بحالة ابتِداءِ النِّكاحِ، فإنها لو زُوِّجت بعدَ البُلوغِ فسَكَتت: كان رِضًا، فكذا إذا زُوِّجت قبلَ البُلوغِ.

والجامِعُ: أن كلَّ واحِدٍ منهما خِيارٌ ثَبَت لقُصورٍ في وِلاية العاقِدِ.

ولو بَلَغت ثَيِّبًا لا يَبطُلُ خِيارُها بالسُّكوت، كما لو زُوِّجت بعدَ البُلوغِ.

والغُلامُ لا يَبطُلُ خِيارُه بالسُّكوت؛ لأن السُّكوتَ في حقِّه لم يُجعَل رِضًا، كما لو زُوِّج[4] بعدَ البُلوغِ.

ثم خِيارُ البُلوغِ في حقِّ البِكرِ الأُنثى يَبطُلُ بالسُّكوت، ولا يَمتدُّ إلى آخِر الْمَجلِسِ.

ولا يبطُلُ خِيارُ البُلوغِ بالقِيام عن الْمَجلِس في حقِّ الثَّيِّبِ والغُلامِ، كخِيار العيبِ؛ لأنه ما ثَبَت بإِثبات الزَّوجِ، بل لتَوهُّم[5] الخلَلِ، فإنما يَبطُلُ بالرِّضا، ورِضا البِكرِ يَتِمُّ بسُكوتها.

بخِلاف خِيارِ العَتقِ؛ فإنه لا يَبطُلُ بالسُّكوت، ويَمتدُّ إلى آخِر الْمَجلِسِ؛ لأنه

(١) في (و): البنت.

(٢) في (ب) و(ج): منه.

(٣) في (أ): ما لم يعلم.

(٤) في (هـ): زوجت.

(٥) في (هـ): بتوهم.

ثَبت بإِثبات الْمَولى، وهو الإعتاقُ؛ إذ هو حُكمُ العَتقِ، وهو ثابِتٌ بإِثباته، وإليه أشارَ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقَوله: «مَلكتِ بُضعَكِ فاختارِي»[1]، فيُعتبَرُ فيه الْمَجلِسُ، كخِيار الْمُخيَّرةِ؛ لأنه ثابِتٌ بتَخيير الزَّوجِ.

والفُرقةُ بخِيار البُلوغِ والعَتقِ ليست بطَلاقٍ؛ لأنها لدَفع الضَّرَرِ، وذا يَتحقَّقُ بالفَسخ.

ولأنه يَشترِكُ الزَّوجان في خِيار البُلوغِ، فلا يَكونُ طَلاقًا.

فإن قِيل: النِّكاحُ لا يَحتمِلُ الفسخَ.

قُلنا: نعم! بعدَ التَّمامِ واللُّزومِ، والفُرقةُ في باب البُلوغِ تَثبُتُ حُكمًا؛ لقُصور الوِلايةِ، فمُنِع لُزومُ النِّكاحِ، فاحتُمِل الفسخُ، وفي العَتق إنما ثَبَت الخِيارُ لردِّ الزِّيادةِ، ولا وِلايةَ للمَولى فيها، فسَقَط لُزومُه أيضًا.

وكيف يَكونُ طَلاقًا وهو مَخصوصٌ بالْمَرأة بإِثبات الْمَولى؟ ولا طَلاقَ إليهما[2].

بخِلاف الْمُخيَّرةِ؛ لأن الزَّوجَ مَلَّكها، وهو مالِكٌ للطَّلاق.

ولا مهرَ لها عليه في الفُرقة بخِيار البُلوغِ إن لم يَدخُل بها.

ويَستَوي في ذلك اختِيارُه واختِيارُها؛ لأن العقدَ إذا انفَسَخ لا يَجِبُ المهرُ.

وإن دَخَل بها وَجَب الْمُسمّى فيهما.

فإن مات أحدُهما قبلَ البُلوغِ وَرِثه الآخرُ، وكذا لو مات بعدَ البُلوغِ قبلَ التَّفريقِ؛ لأن أصلَ النِّكاحِ كان صَحيحًا، والفُرقةُ لا تَقعُ إلا بقَضاء القاضِي، فإذا مات أحدُهما

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٠٤: أخرجه الدارقطني (٣٧٦٠) عن عائشة: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لبريرة: «اذهبي، فقد عتق معك بضعك». انتهى، وروى ابن سعد في «الطبقات» (٨/ ٢٥٩) عن عامر الشعبي: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لبريرة لما أعتقت: «قد عتق بضعك معك، فاختاري». انتهى.

(٢) في (ج): إليها.

قبلَ القَضاءِ كان انتِهاءُ النّكاحِ بينَهما بالْمَوت، فيَتوارَثان.

كما لو وُجِد الاعتِراضُ بعَدَم الكَفاءةِ، فمات أحَدُهما قبلَ قَضاءِ القاضِي، ولهذا قُلنا: يَحِلُّ له أن يطَأَها ما لم يُفرِّق القاضِي بينَهما.

بخِلاف النّكاحِ الفاسدِ؛ لأن أصلَ الْمِلكِ لم يكن ثابِتًا، فلا يَثبُتُ حِلُّ الوطءِ والتَّوارُثُ، وبخِلاف مباشرة الفُضوليِّ؛ لأن النّكاحَ ثَمَّ مَوقوفٌ، فبَطَل بالْمَوت، وهنا نافِذٌ، فتقَرَّر بالْمَوت.

لا عبدٌ، ومَجنونٌ، وصَغيرٌ، وكافِرٌ[1].

ولا وِلايةَ لعبدٍ وصَغيرٍ ومَجنونٍ؛ لأن الأصلَ في الوِلايات وِلايةُ المرءِ على نَفسه، ثم تَتعدّى إلى غَيره عندَ وُجودِ شرطِ التَّعدِّي، ولا وِلايةَ لهؤلاء على أنفُسهم، فأنّى تَثبُتُ على غَيرهم؟!

ولا لكافِرٍ على مُسلِمةٍ؛ لأن الوِلايةَ تَنفيذُ القولِ على الغَير شاء أو أبَى، ولا يَجوزُ أن يَنفُذَ قولُ الكافرِ على الْمُسلِم؛ لقَوله[2] تَعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النِّساء: ١٤١].

فإن هذا يَقتَضي نفيَ السَّبيلِ من كلِّ وجهٍ؛ لأن النَّكِرةَ في مَوضِع النَّفيِ تَعُمُّ، لكنَّ السَّبيلَ ثابِتةٌ[3] حَقيقةً، فيُرادُ به نفيُ السَّبيلِ حُكمًا، كقَبول الشَّهادةِ، والوِلايةِ، والقَضاءِ، والوِراثةِ.

وللكافِرِ وِلايةُ الإنكاحِ على وَلَده الكافِرِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعۡضُهُمۡ

(١) أي لا يكون هؤلاء أولياء.

(٢) في (ب) و(هـ): يؤيده قوله تعالى.

(٣) في (هـ): ثابت.

أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، ولهذا تُقبَلُ شَهادةُ بعضِهم على بعضٍ، ويَجري التَّوارُثُ بينَهم.

وإلا فأُمٌّ(م)، ثم أُختٌ لأبٍ(م) وأُمٍّ، ثم لأبٍ، ثم وَلَدُ(م) أُمٍّ، ثم ذَوو الأرحامِ(م)[1]، ثم الحاكِم.

وإلا فأُمٌّ، أي وإن لم يكن عَصَبةٌ نَسَبيّةٌ أو سَبَبيّةٌ، كمَولى العَتاقةِ: فوِلايةُ التَّزويجِ للأُمِّ.

ثم للأُخت لأبٍ وأُمٍّ، ثم لأبٍ، ثم للأَخ أو الأُختِ لأُمٍّ، ثم لأولادِهم، ثم للعَمّات، ثم للأَخوال، ثم للخَالات، ثم لبَنات الأعمامِ، ثم لبَنات العمّاتِ[2].

وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو استِحسانٌ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَثبُتُ، وهو القِياسُ، وهكذا رَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

والجُمهورُ على أن أبا يوسفَ مع أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا.

لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الإنكاحُ[3] إلى العَصَبات»[4].

فهذا يَقتَضي أن جَميعَ الوِلايةِ في باب النِّكاحِ لمن هو عَصَبةٌ؛ لأنه جَعَل جِنسَ النِّكاحِ لجِنس العَصَباتِ، وليس وَراءَ الجِنسِ شيءٌ.

ولأن الوِلايةَ إنما تَثبُتُ صِيانةً للقَرابة عمن لا يُكافِئُهم في النِّسبة إليهم، وهذا يُستفادُ

---

(١) ذوو الأرحام في اللغة: بمعنى ذوي القرابة مطلقًا، وفي الشريعة: هو كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة. «التعريفات» ص١٠٨.

(٢) قوله: (ثم لبنات العمات) مثبت من سوى (أ) و(ب) و(ج).

(٣) في سوى (و): النكاح.

(٤) تقدم تخريجه.

بالعُصوبة؛ لأنهم يُعيَّرون بعدَم الكفاءةِ، فيكونُ ذلك باعِثًا لهم على صِيانة كَريمتِهم عن غَير الكفُؤِ.

ولا يَتحقَّقُ ذلك من ذَوي الأرحامِ وإن كانُوا ذُكورًا؛ لانتِسابهم إلى قَبيلةٍ أُخرى، فلا يَلحَقُهم العارُ بذلك.

ولهما: أن استِحقاقَ الوِلايةَ لنَظَر الْمَولى عليه، وذا إنما يَحصُلُ بالشَّفَقة الْمَوجودةِ لقَرابةٍ باعِثةٍ عليها، وهذه الشَّفَقةُ مَوجودةٌ في الأُمِّ وقَرابتِها كما في قَرابة الأبِ، فتَثبُتُ لهم وِلايةُ التَّزويجِ أيضًا، إلا أن أقارِبَ الأبِ يُقدَّمون باعتِبار العُصوبةِ.

وهذا لا يَنفي ثُبوتَها لهؤلاء عندَ عدَمِ العَصَباتِ، كاستِحقاق الإرثِ يَكونُ بسَبَب القَرابةِ، ويُقدَّمُ في ذلك العَصَباتُ على ذَوي الأرحامِ، ولا يَدُلُّ ذلك على أنه لا يَثبُتُ لذَوي الأرحامِ أصلًا.

وعلى هذا الخِلافِ: مَولى الْمُوالاةِ، له وِلايةُ تَزويجِ الصَّغيرِ والصَّغيرةِ إذا لم يكن لهما قَريبٌ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه مُؤَخَّرٌ عن ذَوي الأرحامِ، وليس له ذلك عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والْمُعتِقُ إذا زَوَّج[1] **من لا عَصَبةَ له من جِهة النَّسَبِ جازَ؛** لأنه آخِرُ العَصَباتِ، **وكذا عَصَبتُه.**

وإذا عَدِم الأولِياءُ: فالوِلايةُ إلى الإمام -أي الخَليفةِ- **أو الحاكِمِ** -أي القاضِي-؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «السُّلطانُ وليُّ من لا وليَّ له»[2]، وليس له وِلايةُ التَّزويجِ عندَ

---

(١) في (و): تزوج.

(٢) رواه الإمام أحمد (٢٤٢٠٥)، وأبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، والنسائي في «الكبرى» (٥٣٧٣)، وابن ماجه (١٨٧٩).

وُجودِ واحِدٍ من الأقرِباء.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا لم يكن عَصَبةٌ فللقاضِي وِلايةُ التَّزويجِ.

ويُزوِّجُ الأبعَدُ(ف ز) بغَيبة الأقرَبِ مَسافةَ القصرِ[1]، ولا يَبطُلُ(ز) بعَوده.

وإن غاب الأقربُ غَيبةً مُنقطِعةً فللأبعَد أن يُزوِّجَها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُزوِّجُها السُّلطانُ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُزوِّجُها أحدٌ حتى يَحضُرَ الأقربُ؛ لأن الأبعدَ مَحجوبٌ بالأقرَب، ووِلايتُه باقِيةٌ بعدَ الغَيبةِ؛ إذ لا تَأثيرَ للغَيبة في قَطع الوِلايةِ؛ ألا تَرى أنها لا تَقطَعُ[2] التَّوارُثَ، ولهذا لو زَوَّجها حيث هو جاز، فدَلَّ أن وِلايتَه باقِيةٌ.

وشَرْطُ ثُبوتِ الوِلايةِ للأبعَد عدَمُ وِلايةِ الأقربِ، إلا أن الشّافعيَّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: تَعذَّر الوُصولُ إلى حقِّها من جِهة الأقربِ مع بَقاءِ وِلايتِه، فيُزوِّجُها السُّلطانُ؛ دفعًا للضَّرَر عنها، كما لو عَضَلها الأقربُ؛ لأنه نُصِب لدَفع الضَّرَر.

ولنا: أن الوِلايةَ ثَبَتت نظَرًا للمُولّى عليه، حتى لم تَثبُت إلا على العاجِز عن النَّظَر لنَفسه.

وقُدِّم الأقربُ: لأن نظَرَه أكثرُ[3]، والنَّظَرُ لا يَحصُلُ بمُجرَّد رأيِ الأقربِ، بل برَأيٍ حاضرٍ مُنتفَعٍ به، فإذا تَعذَّر الانتِفاعُ به لغَيبته صار كالعَدَم، كالماء النَّجِس والماءِ الذي تَعذَّر الوُصولُ إليه.. جُعِلا كالعَدَم في إطلاق التَّيمُّمِ لَمَّا لم يُنتفَع بهما في حُكم الطَّهارةِ.

وليس هذا كالعَضْل، فإنه ثَمَّ صار ظالِمًا في الامتِناع من إيفاء حقٍّ مُستحَقٍّ عليه، فقام

(١) المقدرة اليوم بـ(٩٦) كم.

(٢) في (ب): لا تمنع.

(٣) في سوى (ب) و(هـ) غير منقوطة.

السُّلطانُ مَقامَه في دَفع الظُّلمِ، والأقربُ غيرُ ظالِمٍ في سَفَره، خُصوصًا إذا سافَر للحجّ.

فأما إذا زَوَّجها الأقربُ حيث هو: فمَمنوعٌ، ولئن سُلِّم فلأنها انتفَعت برَأيه، ولكنه وَقَع اتِّفاقًا، فلا يُبنى الحُكمُ عليه.

ولأن للأبعَد قُربَ التَّدبيرِ وبُعدَ القَرابةِ، وللأقرَب بُعدَ التَّدبيرِ وقُربَ القَرابةِ، وثُبوتُ الوِلايةِ بهما، فاستَويا في الحُكم من هذا الوجهِ، وصارا[1] كوَلِيَّين في دَرَجةٍ واحِدةٍ، كأخَوين لأبٍ وأُمٍّ، فأيُّهما زَوَّج جاز.

والغَيبةُ الْمُنقطِعةُ: أن يَكونَ في بلَدٍ لا تَصِلُ إليه القَوافِلُ في السَّنة إلا مرّةً، وهو اختِيارُ محمدِ بنِ سَلَمةِ والقُدُوريِّ.

وقيل: أدنَى مُدّةِ السَّفَرِ؛ لأنه ليس لَأقصى مُدّةِ السَّفَرِ نِهايةٌ، فاعتُبِر الأَدنى، وإليه أشارَ في «الكِتاب»، وهو اختِيارُ القاضِي أَبِي عليٍّ النَّسَفيِّ، وسعدِ بنِ مُعاذِ الْمَروَزيِّ، وصدرِ الإسلامِ البَزدويِّ، والصَّدرِ الشَّهيدِ، رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ، وعليه الفَتوى.

وقال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **الأصحُّ** أنه إذا كان في مَوضِعٍ لو انتُظِر حُضورُه او استِطلاعُ رأيِه.. يَفوتُ الكُفُؤُ الذي حَضَر، فالغَيبةُ مُنقطِعةٌ، وإن كان لا يَفوتُ فالغَيبةُ ليست بمُنقطِعةٍ؛ لأن وِلايتَه مُقيَّدةٌ بالنَّظَر، ولا نظَرَ في إبقاء وِلايتِه حينَئذٍ، وهو اختيارُ الفَضليِّ.

وعن زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن لا يَعرِفوا مَوضِعَه.

وبعدَما ثَبَتت الوِلايةُ للأبعَد إذا زَوَّجها، ثم حَضَر الأقربُ: ليس له أن يَرُدَّ نِكاحَها؛ لأن العقدَ عُقِد بوِلايةٍ تامّةٍ، وقد حَصَلت القُدرةُ على الأصل بعدَ حُصولِ الْمَقصودِ بالخَلَف.

---

(١) في (أ) و(د): وصار.

وقِيل: عندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَبطُلُ عقدُ الأبعدِ، وكأن له رِوايتَين في عَقد الأبعدِ.

وليس للوصيِّ وِلايةُ التَّزويجِ إلا إذا كان قَريبًا، فحينَئذٍ له وِلايةُ التَّزويجِ بالقَرابة لا بالوِصاية؛ لأن وِلايتَه في المال دونَ النَّفسِ.

وولِيُّ الْمَجنونةِ الابنُ[٢]، لا الأبُ.

ووليُّ الْمَجنونةِ ابنُها لا أبُوها عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أبُوها؛ لأنها تُنسَبُ إلى الأَب، والوِلايةُ لحِفظ القَرابةِ.

ولأنهما[١] وإن استَويا في قُرب القَرابةِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما يَتَّصِل بالْمَرأة بلا واسِطةٍ، وحُسنِ الرَّأيِ والتَّدبيرِ؛ لأن ذا يَكونُ بالذُّكورة والبُلوغِ عن عقلٍ، وذا مَوجودٌ فيهما.. إلا أن الأبَ أوفرُ شَفَقةً من الابن، ولهذا تَعُمُّ وِلايتُه في المال والنَّفسِ، ولا تَثبُتُ للابن وِلايةٌ في المال، فكان الأبُ أَولى.

ولهما: أن وِلايةَ الإنكاحِ تُبتنى على العُصوبة، والابنُ مُقدَّمٌ على الأَب في العُصوبة، والعِبرةُ للتَّقدُّم في العُصوبة لا لزِيادة الشَّفَقةِ؛ ألا تَرى أن ابنَ الأخِ يُقدَّمُ على أَب[٢] الأُمِّ مع أنه أشفقُ.

ولا فرقَ بينَ الجُنونِ الأصليِّ والطّارِئ؛ لأن ثُبوتَ الوِلايةِ لعَجز الْمُولّى عليه عن النَّظَر لنَفسه، والأصليُّ والطّارئُ فيه سَواءٌ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا طَرأ الجُنونُ لم يَجُز تَزويجُها؛ لأن الوِلايةَ قد زالَت بالبُلوغ، فلا تَحدُثُ بعدَ ذلك.

---

(١) في (هـ): لأنهما.

(٢) في (هـ): ابن.

أَقَرَّ وَلِيُّ صَغيرٍ أو صَغيرةٍ، أو وَكيلُ[1] رَجُلٍ أو امرَأةٍ، أو مَولى العبدِ.. بالنِّكاح: لم يُصدَّق(س م)، بخِلاف الأمةِ.

أقَرَّ وليُّ الصَّغيرِ أو الصَّغيرةِ، أو وَكيلُ الرَّجُلِ أو الْمَرأةِ، أو مَولى العبدِ.. بالنِّكاح: لا يُصدَّقُ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، إلّا أن يَشهَدَ الشُّهودُ على النِّكاح، أو يُدرِكَ الصَّغيرُ أو الصَّغيرةُ فيُصدِّقَه[2]، أو يُصدِّقَ الْمُوكِّلُ أو العبدُ.

وعندَهما: يُصدَّقُ بلا شُهودٍ وتَصديقٍ.

وصورتُه: أن يَدَّعيَ عندَ القاضِي رَجُلٌ على أَب الصَّغيرةِ أنه زوَّجَها منه، وأقَرَّ الأبُ به بينَ يَدَي القاضِي، فإنه لا يُقضى بالنِّكاح ما لم يأتِ الزَّوجُ ببيِّنةٍ يَشهَدون على ما ادَّعاه، ويَنصِبَ إنسانًا عن الصَّغيرة حتى يُنكِرَ النِّكاحَ، فيُقيمَ عليه البيِّنةَ، أو تُدرِكَ الصَّغيرةُ، فيُصدِّقَهما، فحينَئذٍ يُقضى بالنِّكاح.

وأجمَعوا أن الْمَولى إذا أقَرَّ بنِكاح أمتِه بعدَما ادَّعى رَجُلٌ نِكاحَها: أنه يُقضى بنِكاحها بلا تَصديقٍ وبيِّنةٍ.

لهما: أنه أقَرَّ بما يَملِكُ[3] إنشاءَه، فيَصِحُّ، كالْمَولى إذا أقَرَّ على أمَته بالنِّكاح، وكالْمُطلِّق إذا قال في العِدّة: (كُنتُ راجَعتُها): صُدِّق، بخِلاف ما لو أقَرَّ بعدَ الانقِضاءِ.

وله: أنه إقرارٌ على الغَير، فلا يَكونُ حُجّةً؛ لأنه شَهادةُ فردٍ، وهو لا يَملِكُ إنشاءَ هذا العقدِ إلا بشاهِدَين، فلا يَملِكُ الإقرارَ به إلا من الوَجه الذي يَملِكُ به الإنشاء.

---

(١) الوكيل: فعيل بمعنى مفعول، والتوكيل: أن تعتمد على غيرك. «التوقيف» ص٣٤٠.
الوكيل: هو الذي يتصرف لغيره لعجز موكله. «التعريفات» ص٢٥٤.

(٢) في (ب): فيقدمه.

(٣) في (ب): بما لا يملك.

وهكذا نقولُ إذا ساعَده شاهِدان على ذلك كان صَحيحًا؛ اعتِبارًا للإقرار[1] بالإنشاء.

بخِلاف مَولى الأمةِ؛ لأنه يُقِرُّ على نَفسه؛ إذ بُضعُها مَملوكٌ له، وإقرارُه على نَفسه صَحيحٌ مُطلَقًا من غَير أن يَكونَ ذلك مُعتبرًا بالإنشاء.

فأما في العَبد: فالإقرارُ عليه لا على نَفسه، فلا يَملِكُ إلا من الوَجه الذي يَملِكُ إنشاءَه.

وما ذَكَرا يُشكِلُ بإقرار الوصيِّ بالاستِدانة على اليَتيم؛ فإن ذلك لا يَكونُ صَحيحًا، وإن كان هو يَملِكُ إنشاءَ الاستِدانةِ.

---

(١) في (و): للأقرب.

فصل في الكفاءة

اعلَم أن الكَفاءةَ في النِّكاح مُعتبَرةٌ في الرِّجال للنِّساء[1]؛ للُزوم النِّكاحِ.

خِلافًا لمالِكٍ وسُفيانَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، لهما: قولُه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «النّاسُ سَواسِيَةٌ كأَسنان الْمِشطِ، لا فضلَ لعَرَبيٍّ على عَجَميٍّ، إنما الفضلُ بالتَّقوى»[2].

وهذا الحَديثُ مُؤيَّدٌ بقَوله[3] تَعالى: ﴿إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ﴾ [الحُجُرات: ١٣].

فهذا يَدُلُّ على أن التَّفاضُلَ بالعَمَل لا بالنَّسَب، فمن بَطَّأَ به عمَلُه لم يُسرِع به نسَبُه[4].

وقِيل: كان سُفيانُ من العَرَب، فتَواضَع ورَأى الْمَوالِيَ كفُؤًا للعَرَب، وأبو حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ كان من الْمَوالي، فتَواضَع ولم يرَ نفسَه كفُؤًا للعَرَب.

---

(١) في (ج): بالنساء.

(٢) روى صدره القضاعي في «الشهاب» (١٩٥)، والدولابي في «الكنى» (٩٤٩)، وعزاه السيوطي في «مناهل الصفا» ص٤٩: لابن لال في «مكارم الأخلاق».

وروى الإمام أحمد (٢٣٤٨٩) والطبراني في «الأوسط» (٤٧٤٩)، والبيهقي في «الشعب» (٤٧٧٤) عن أبي نضرة: حدثني من سمع خطبة رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ في وسط أيام التشريق فقال: «يا أيها الناس! ألا إن ربكم واحد، وإن أباكم واحد، ألا لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا أحمر على أسود، ولا أسود على أحمر.. إلا بالتقوى، أبلَّغت؟»، قالوا: بَلَّغ رسول الله.

(٣) في (هـ): لقوله.

(٤) يشير المصنف إلى حديث مسلم (٢٦٩٩): «ومن بطأ به عمله لم يسرع به نسبه».

ولنا: ما رَوى جابِرٌ أن النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ألا لا يُزوِّجُ النِّساءَ إلا الأولياءُ، ولا يُزوَّجْنَ إلا من الأَكفاء»[1].

ولأن النِّكاحَ عقدُ العُمُرِ، ويَشتمِلُ على أغراضٍ ومَقاصِدَ، كالسَّكَن، والازدِواجِ، والصُّحبةِ، والأُلفةِ، وتأسيسِ القَراباتِ[2]، وذا لا يَتِمُّ إلا بينَ الأكفاءِ؛ لأنه يُغيظُها استِفراشُ[3] من هو دونَها في الحَسَب والنَّسَبِ والنَّشَبِ.

وفي أَصل الْمِلكِ على الْمَرأة ذُلٌّ؛ إذ النِّكاحُ رِقٌّ، وإذلالُ النَّفسِ حَرامٌ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ليس للمُؤمِن أن يُذِلَّ نفسَه»[4]، وإنما جُوِّز ما جُوِّز منه ضَرورةً، وفي استِفراش من لا يُكافِئُها زِيادةُ الذُّلِّ، ولا ضَرورةَ في هذه الزِّيادةِ.

بخِلاف ما إذا تَزوَّجت خيرًا منها؛ فإنه ليس للوليِّ أن يُفرِّقَ بينَهما؛ لأن الكَفاءةَ غيرُ مَطلوبةٍ في النِّساء؛ فإن الوليَّ لا يُعيَّر بأن يَكونَ تحتَ الرَّجُلِ من لا تُكافِئُه؛ لأنه مُستفرِشٌ، فلا يُغيظُه استِفراشُ من هو دونَه، وليس فيه إذلالُ النَّفسِ.

ولأن نسَبَ الولَدِ يَكونُ إلى أبِيه لا إلى أُمِّه.

---

(١) رواه الدارقطني (٣٦٠١)، والطبراني في «الأوسط» (٣)، وسعيد بن منصور (٥٣٧)، وأبو يعلى (٢٠٩٤)، والبيهقي (١٣٧٦٠)، ولفظهم -مع اختلاف يسير بينهم-: «لا تُنكِحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يُزَوِّجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم».

(٢) في (د): العمرانات.

(٣) في (هـ): افتراش.

(٤) رواه البزار (٢٧٩٠) بهذا اللفظ، ورواه الطبراني في «الأوسط» (٧٨٩٨) بلفظ: «ليس للمسلم أن يذل نفسه». ورواه الإمام أحمد (٢٣٤٤٤)، والترمذي (٢٢٥٤) وابن ماجه (٤٠١٦)، بلفظ: عن حذيفة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ينبغي للمؤمن أن يذل نفسه»، قالوا: وكيف يذل نفسه؟ قال: «يتعرض من البلاء لما لا يطيق».

وما رَويا[1] مَحمولٌ على أَحكام الآخِرةِ.

نكَحت غيرَ كُفُؤٍ: فَرَّق الوَلِيُّ، ورِضا البعضِ(س)[2] كالكلّ.

فلو نكَحت غيرَ كفُؤٍ: فللأولِياء حقُّ الفسخِ ما لم تَلِد منه؛ لأنها ألحَقت العارَ بالأولِياء؛ فإنهم يُعيَّرون بأن يُنسَبَ إليهم بالْمُصاهَرة من لا يُكافِئُهم، فكان لهم حقُّ الاعتِراضِ ونفيُ القَرارِ؛ دفعًا لضَرَر العارِ.

ولا يَبطُلُ حقُّ الوليِّ بالسُّكوت بعدَما عَلِم وإن طال السُّكوتُ.

ولا يَكونُ التَّفريقُ بذلك إلا عندَ القاضِي؛ لأنه مُجتهَدٌ فيه، وكلٌّ من الخَصمَين يَتشبَّثُ بدَليلٍ، فلا تَنقطِعُ الخُصومةُ إلا بفَصل مَن له وِلايةٌ عليهما، كالفَسخ بخِيار البُلوغِ.

وما لم يُفرِّق القاضِي فحُكمُ الطَّلاقِ والإرثِ قائِمٌ؛ لأن النِّكاحَ انعقَد صَحيحًا في ظاهِر الرِّوايةِ.

وتلك الفُرقةُ ليست بطَلاقٍ؛ لأنه تَفريقٌ على سَبيل الفسخِ لأَصل النِّكاحِ، والطَّلاقُ تَصرُّفٌ فيه، وما يَكونُ فسخًا لأَصله لا يَكونُ تَصرُّفًا فيه.

ولا مهرَ لها إن لم يَدخُل بها، وإن دَخَل بها فلها الْمُسمّى.

وإطلاقُ هذه الْمَسألةِ دَليلٌ على رُجوع محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ إلى قَولهما في النِّكاح بغَير وليٍّ.

فإن رَضِي به أحدُ الأولِياءِ: جاز، ولم يكن لمن هو مِثلُه في الوِلاية أن يَنقُضَه، إلا ان يَكونَ اقربَ منه.

---

(١) أي الإمامان مالك وسفيان من حديث «الناس سواسية».

(٢) أي بعض الأولياء.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن رَضِي به البعضُ فللوليِّ الذي هو مِثلُه أن لا يَرضى به؛ لأنه حقُّ الكلِّ، فلا يَسقُطُ إلا بِرِضا الكلِّ، كالدَّين الْمُشترَكِ إذا أبرَأ أحَدُهم.

ولهما: أنه حقٌّ واحِدٌ لا يَتجزَّأُ، ثَبت بسبَبٍ لا يَتجزَّأُ، فيَثبُتُ لكلِّ واحِدٍ منهم على الكَمال، كوِلاية الأمانِ، فإذا أبطَله أحَدُهم لا يَبقى ضَرورةً.

والكَفاءةُ تُعتبَرُ: نسَبًا، فقُرَيشٌ أكْفاءٌ، والعَربُ أكْفاءٌ، وحُرِّيّةً، وإسلامًا، وأبَوان فيهما[١] كالآباء، لا أبٌ(س)، ودِيانةً(م)، ومالًا(س)، وحِرفةً(س)[٢].

ثم الكَفاءةُ تُعتبَرُ في النَّسب؛ لأن التَّفاخُرَ به أعلى الْمَفاخرِ.

فقُرَيشٌ بعضُهم أكْفاءٌ لبعضٍ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «قُريشٌ بعضُهم أكْفاءٌ لبعضٍ، بطنٌ ببطنٍ، والعرَبُ بعضُهم أكْفاءٌ لبعضٍ، قَبيلةٌ بقَبيلةٍ -وليسوا بكفُؤٍ لقُريشٍ-، والْمَوالي بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ رَجُلٌ برَجُلٍ»[٣].

---

(١) أي في الإسلام والحرية.

(٢) حَرَف لعياله يحرِف أيضًا: كَسَب، والاسم الحُرفة بالضم، واحترف مثله، والاسم منه: الحِرفة بالكسر، وأحرف إحرافًا: إذا نما ماله وصلح، فهو مُحْرِف. «المصباح» ١/ ١٣٠.

والخسة في الحرفة: تكون الحرفة خسيسةً إذا وجدت فيها إحدى الصفات الخمسة التالية:

إذا كانت محرمةً، كتعاطي الزنى.

إذا كانت تخالطها النجاسات، كالدباغة.

إذا كان المحترف يؤديها بشكل بهيمي خالٍ من الفكر، كالحَمّال.

إذا كان في تعاطيها إهدار لكرامة الإنسان، كالخدمة المحضة، وإراقة ماء الوجه بالمسألة، أو تشويه الصورة.

إذا كانت تؤدي إلى غِلَظ القلب، كالجلاد. «لغة الفقهاء» ص١٩٥.

(٣) قال في «نصب الراية» ٣/ ١٩٧: روى الحاكم عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العرب بعضهم أكفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، ورجل برجل، والموالي بعضهم أكفاء=

أي لا يُعتبَرُ نسَبُهم، وليسوا بكفُؤٍ للعَرَب.

والقُرَشيُّ: مَن كان مِن وَلَد النَّضْرِ.

والهاشِميُّ: من كان من وَلَد هاشِمِ بنِ عبدِ مَنافٍ.

والعَرَبيُّ: من جَمَعهم أبٌ فوقَ النَّضْرِ.

والْمَوالي سِواهم.

وسُمُّوا مَواليَ: لأنهم نَصَروا العرَبَ، وسُمِّي النّاصرُ مولًى، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ [سيدنا مُحَمَّد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ١١].

ولأن قِلاعَهم فُتِحت على أيدِي العرَبِ، فكانوا بسَبيلٍ من استِرقاقهم، فكأنهم كانُوا عَبيدَهم ثم عَتَقوا بالمنِّ عليهم.

ولا يُعتبَرُ التَّفاضُلُ فيما بينَ قُرَيشٍ؛ فإن رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زَوَّج بِنتَيه من عُثمانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وكان أُمَويًّا، وعليٌّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ زَوَّج بِنتَه من عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ وكان عَدويًّا.

وأفضلُهم بنُو هاشِمٍ.

وبنُو باهِلةَ ليسوا بأكفاءٍ لعامّة العرَبِ؛ لخَساستهم، فرُوِي أنهم كانُوا يَستخرِجون النَّقيَّ من عِظام الْمَوتى ويَأكُلونه.

وأما الْمَوالي: فمن كان له أبَوان في الإسلام والحُرِّيّةِ: فهو كفُؤٌ لمن له عشَرةُ آباءٍ في الإسلام والحُرِّيّةِ؛ لأن التَّعريفَ يَقَعُ بالأبوين، فلا يُعتبَرُ الفضلُ، كما لا يُعتبَرُ في الشَّهادة.

ومَن له أبٌ واحِدٌ في الإسلام والحُرِّيّةِ: لا يَكونُ كُفُؤًا لمن له أبَوان فيهما.

=لبعض، قبيلة بقبيلة، ورجل برجل، إلا حائك أو حجام». قال صاحب «التنقيح»: هذا منقطع، إذ لم يسم شجاع بن الوليد بعض أصحابه. انتهى.» ورواه البيهقي (١٣٧٩٦)... إلخ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَكونُ كُفُؤًا.

وهذه الْمَسألةُ فرعُ مَسألةِ التَّعريفِ في الشَّهادة، فالتَّعريفُ عندَهما لا يَقَعُ بأبٍ واحِدٍ، فيقَعُ برِقِّه أو كُفرِه[1] التَّعييرُ[2]، فيُعتبرُ لإثبات الكَفاءةِ، وعندَه: يَقَعُ بأبٍ واحِدٍ، فلا يَقَعُ التَّعييرُ[3].

فإن تَزوَّجت مُعتَقًا أو من أسلَم بنَفسه، ولها أبٌ واحِدٌ في الإسلام: لم يكن كُفُؤًا لها؛ لأن مُفاخَرةَ العجَمِ بالإسلام والحُرِّيّةِ؛ لأنهم ضَيَّعوا أنسابَهم، فلا يَكونُ التَّفاخُرُ بينَهم بالنَّسَب، بل بالدِّين، كما قال سَلمانُ حينَ تَفاخَرت الصَّحابةُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ فقالُوا: سَلمانُ! أنت[4] ابنُ من؟ قال: سَلمانُ ابنُ الإسلامِ[5].

والحُرِّيّةُ كالإسلام؛ لأن الرِّقَّ أثرُ الكُفرِ، وفيه مَعنى الذُّلِّ، فكانَت الحُرِّيّةُ كأَصل الدِّينِ.

وتُعتبَرُ أيضًا في الدِّيانةِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، حتى إن امرَأةً من بَنات الصّالِحين لو نكَحت فاسِقًا: كان للأولِياء حقُّ الرَّدِّ؛ لأن التَّفاخُرَ به أحقُّ الْمَفاخِرِ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُعتبَرُ؛ لأنها من أُمور الآخِرةِ، فلا تُعتبَرُ في أَحكام الدُّنيا[6]،

---

(١) في (ب): كفؤه.

(٢) في (ب): التغيير.

(٣) في (ب): التغيير.

(٤) مثبتة من (هـ).

(٥) روى الطبراني (٦٠٦١) عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة قال: حدثني سلمان ابن الإسلام... وفي «أسد الغابة» ٢/ ٥١٠: سلمان الفارسي، أبو عبد الله، ويعرف بسلمان الخير، مولى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وسئل عن نسبه، فقال: أنا سلمان بن الإسلام.

(٦) في (و): الدين.

إلا أن تَفحُشَ، كرَجُلٍ يُصفَعُ ويُسخَرُ منه، أو يَخرُجُ سَكرانَ ويَلعَبُ به الصِّبيانُ، فإنه لا يَكونُ كُفُؤًا.

وتُعتبرُ في المال، وهو: أن يَكونَ مالِكًا للمَهر والنَّفَقةِ، وهو الْمُعتبرُ في ظاهِرِ الرِّوايةِ، حتى إن العاجِزَ عنهما أو عن أحَدهما لا يَكونُ كُفُؤًا لها؛ لأن المهرَ عِوَضُ بُضعِها، فلا بُدَّ من تَسليمه، والنَّفَقةُ تَندفِعُ بها حاجتُها، فلا بُدَّ منها؛ لأنها مَحبوسةٌ بحقِّه[1]، وهي إليها أحوجُ منها إلى نَسَبه.

والمرادُ بالْمَهر: قدرُ ما تعارَفوا تَعجيلَه؛ لأن ما وراءَه مُؤجَّلٌ عُرفًا.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه اعتبَر القُدرةَ على النَّفَقة دونَ المهرِ؛ لأن المهرَ يَجري فيه التَّسهيلُ والتَّأجيلُ دونَ النَّفَقةِ.

ويُعتبرُ قادِرًا على الْمَهر بيَسار أبَويه وجدِّه وجدّتِه.

ولا يُعتبرُ قادِرًا على النَّفَقة بيَسار الأبِ؛ لأن الآباءَ في العادات يَتحمَّلون المهرَ عن الأولاد دونَ النَّفَقةِ الدّارّةِ.

فأما الكَفاءةُ في الغِنَى: فتُعتبرُ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، حتى إن امرأةً فائِقةً في يَسارها لو زَوَّجت نفسَها ممن يَقدِرُ على الْمَهر والنَّفَقةِ: يُرَدُّ عقدُها.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان قادِرًا على إيفاء ما يُعجِّلُ لها[2]، ويَكتسِبُ ما يُنفِقُ عليها يومًا بيومٍ: فإنه يَكونُ كُفُؤًا؛ لأنه لا ثَباتَ لهذا الوصفِ، فالمالُ غادٍ ورائحٌ، ومَصالِحُ النِّكاحِ تَنتظِمُ بقُدرة المهرِ والنَّفَقةِ، فلا حاجةَ إلى الزّائد.

ولهما: أن النّاسَ يَتفاخَرون بالغِنى،.........................

---

(١) في (ب): لحقه.

(٢) في (ج): بها.

ويُعيِّرون[1] بالفَقر، قالَت عائِشةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: إن أحسابَ أهلِ الدُّنيا المالُ[2]، رَأيتُ[3] ذا المالِ مَهيبًا، ورَأيتُ ذا الفقرِ مَهينًا[4] فوَجَب دفعُ[5] هذا الضَّرَرِ بالاعتِراض.

وهذا القولُ مَذكورٌ منهما في غَيرِ رِوايةِ الأُصولِ، وفي كِتاب النِّكاحِ لم يَشتَرِط إلا القُدرةَ على الْمَهر والنَّفَقةِ.

قال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ وصاحِبُ «الذَّخيرةِ» رَحِمَهُمَا اللَّهُ فيها[6]: **الأصحُّ أن ذلك لا يُعتبَرُ**؛ لأن كَثرةَ المالِ مَذمومةٌ في الأَصل، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «هَلَكَ الْمُكْثِرون إلا مَن قال بماله هكذا وهكذا»[7]، أي تَصدَّق به.

ويُعتبَرُ في الحِرَف عندَ[8] أبي حنيفةَ ومحمدٍ[9] رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لأن التَّفاخُرَ يَقَعُ بها.

والبزّازُ[10] والعطّارُ كُفؤان، والخفّافُ لا يَكونُ كُفُؤًا لهما.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تُعتبَرُ إلا أن تَفحُشَ؛ لأن الحِرفةَ ليست بشيءٍ لازِمٍ، فالمرءُ تارةً يَحترِفُ بحِرفةٍ نَفيسةٍ، وطورًا بحِرفةٍ خَسيسةٍ، بخِلاف صِفةِ النَّسَبِ؛ لأنها

---

(١) في (د): ويتعيرون.

(٢) في (هـ): بالمال.

(٣) في (د): ورأيت.

(٤) لم أقف عليه، وذكره الإمام السرخسي في «المبسوط» ٥/ ٢٥.

(٥) في (هـ): رفع.

(٦) سقطت من (ب) و(ج) و(د).

(٧) رواه الإمام أحمد (٨٠٨٥)، وإسحاق بن راهويه (٢٦٦)، ومعمر بن راشد في «جامعه» (٢٠٥٤٧).

(٨) في (د): عن.

(٩) سقطت من (هـ).

(١٠) في (ج): والبزار، وفي (هـ): فالبزار.

لازِمةٌ له، وكذا الفقرُ لا[1] يُفارِقُه.

نَكَحت، ونَقَصت عن مَهرها: فَرَّق(س م)[2].

فإن نَكَحت ونَقَصت من مَهر مِثلِها: فللأولياء حقُّ الاعتِراضِ عليها.

عندَ أبي حنيفةَ[3] رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ؛ حتى يُتِمَّ لها مهرَ مِثلِها أو يُفارِقَها.

ولا تكونُ الفُرقةُ طَلاقًا؛ لأن الفُرقةَ ما وَقَعت من قِبَلِ الزَّوجِ؛ ألا تَرى أن الْمَقصودَ دفعُ العارِ، وذا يَرفَعُ العقدَ من الأَصل، والطَّلاقُ يُقرِّرُ حُكمَ العقدِ.

وعندَهما: لا يَثبُتُ للأولياء حقُّ الاعتِراضِ.

وهذا الوضعُ إنما يَصِحُّ على قَول محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ على قَوله الْمَرجوعِ إليه في النِّكاح بلا وليٍّ، وقد صحَّ ذلك عنه، وهذه شَهادةٌ صادِقةٌ عليه.

أو كان تَأويلُ الْمَسألةِ فيما إذا أُكرِهت الْمَرأةُ والوليُّ على أن يُزوِّجَها بأقلَّ من مَهر مِثلِها، ثم زال الإكراهُ، فرَضِيَت الْمَرأةُ وأبَى الوليُّ: فليس له ذلك عندَهما؛ لأن المهرَ خالِصُ حقِّها؛ فإنه بدَلُ بُضعِها؛ ألا تَرى أن لها الاستِيفاءَ، والإبراءَ، والتَّصرُّفَ فيه كيف شاءَت.

وتَصرُّفُها فيما هو خالِصُ حقِّها صَحيحٌ، كما بعدَ التَّسميةِ، فلا يَكونُ للوليِّ الاعتِراضُ.

وله: أنها ألحَقت العارَ بالأولياء، فكان لهم حقُّ الاعتِراضِ، كما لو زَوَّجت نفسَها من غَير كُفْؤٍ؛ وهذا لأنهم يَتفاخَرون بكَمال مهرِ مِثلِها، ويُعيَّرون بالنُّقصان؛ فإن ذلك

(١) في (ج): (لأنه) بدل (لا)، وعبارة «المبسوط» ٥/ ٢٥: وذل الفقر كذلك لا يفارقه.

(٢) أي القاضي بطلب الأولياء.

(٣) في (ب): أبي حنيفة ومحمد.

مهرُ الْمُومِساتِ عادةً.

بِخِلاف ما بعدَ التَّسمِيةِ؛ لأن المهرَ بقاءً حقُّها، فلها أن تَستوفيَ أو تُبرِئَ، وهو نَظيرُ حقِّ الشَّرعِ في تَسمِية أصلِ المهرِ في الابتِداء، وإن كان في البَقاء يَخلُصُ لها.

فإن قِيل: لا فائِدةَ في الإكمال؛ لأنه متى أُكمِل كان لها أن تُبرِئَ.

قُلنا: فيه فائِدةُ مُراعاةِ حقِّ الوليِّ، كما لو نَقَصت عن العَشَرة، فإنه يُكمَّلُ لها، مع أنها تَقدِرُ على الإبراء؛ لأنه يُفيدُ مُراعاةَ حقِّ اللهِ تَعالى.

زَوَّج طِفلَةً[1] غيرَ كُفُؤٍ، أو بغَبْنٍ فاحِشٍ[2]: صحّ(س م).

فإن زَوَّج الأبُ ابنتَه الصَّغيرةَ من غيرِ كُفُؤٍ ولو عبدًا، أو نَقَص عن مَهرِها، أو ابنَه الصَّغيرَ غيرَ[3] كفُؤٍ ولو أمةً، أو زاد في مَهر امرَأتِه: جاز ذلك عليهما عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: لا تَجوزُ الزِّيادةُ والحطُّ إلا بما يَتغابَنُ النّاسُ فيه، ولا يَجوزُ ذلك لغَيرِ الأبِ والجدِّ اتِّفاقًا.

ثم قال بعضُ أصحابِنا: إن الزِّيادةَ أو النُّقصانَ لا تَجوزُ عندَهما[4].

فأما أصلُ النِّكاحِ: فصَحيحٌ؛ لأن المانِعَ هنا من قِبَل الْمُسمّى، وفَسادُ التَّسميةِ لا

---

(١) في سوى (ن): طفله.

(٢) فَحُشَ الشيءُ فُحْشًا: مثل قَبُح قُبحًا، وزنًا ومعنًى، وفي لغة: من باب قتل، وهو فاحش، وكل شيء جاوز الحد فهو فاحش، ومنه غَبنٌ فاحشٌ: إذا جاوزت الزيادة ما يُعتاد مثلُه. «المصباح» ٢/ ٤٦٣. الغبن الفاحش: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل: ما لا يتغابن الناس به. «التوقيف» ص ٢٥٠.

(٣) في (هـ): عن، وكتب تحتها في (ج): من.

(٤) في (هـ): عندهم.

تَمنَعُ صِحّةَ النّكاحِ، كما لو كان الْمُسمّى خمرًا.

والأصحُّ أن النّكاحَ باطِلٌ عندَهما، وكذا في الأَخ والعمِّ يَبطُلُ العقدُ من الأَصل؛ لأن وِلايتَهما مُقيَّدةٌ بشَرط النَّظَرِ، فعندَ فَواتِ النَّظَرِ يَبطُلُ العقدُ من الأَصل، كالْمَأمور بالعَقد بشرطٍ يَبطُلُ عقدُه إذا عُدِم شرطُه.

وهذا لأنه ليس من النَّظَر إيجابُ المالِ أو إبطالُه بلا عِوَضٍ مَعلومٍ؛ ألا تَرى أنه لا يَملِكُ البيعَ والشِّراءَ بغَبنٍ فاحِشٍ في ماله، مع أن أمرَ المالِ أهونُ، فلَأَن لا يَملِكَ هنا وهو أَقوى أَولى، وصار كالأَخ والعمِّ.

وله: أن هذا حطٌّ ببدَلٍ، فصحَّ، كحطٍّ بعضِ الثَّمَنِ بسَبَب العيبِ؛ وهذا لأن الظّاهرَ من الإباء النَّظَرُ، وأن لا يَختاروا الحطَّ أو الزِّيادةَ، أو العبدَ أو الأمةَ.. إلا لأمرٍ لم يَتوصَّلوا إليه إلا بما صَنَعوا.

والنَّظَرُ والضَّرَرُ باطِنان، فبُنِيا على السَّبَب الدّاعي إليهما، وهو قُربُ القَرابةِ وبُعدُها، وهذا في النّكاح الذي يَشتمِلُ على أغراضٍ ومَقاصِدَ سِوى المهرِ[1]، من حيث السَّكَنُ[2] والازدِواجُ وحُسنُ التَّبعُّلِ.

والأبُ وافِرُ الشَّفَقةِ، كامِلُ الرَّأيِ، يَنظُرُ لوَلَده فوقَ ما يَنظُرُ لنَفسه، فالظّاهرُ أنه إنما قَصَّر في الكَفاءة والصَّداقِ لتَحصيل تلك الْمَقاصِدِ، فكان تَصرُّفُه واقِعًا بشَرط النَّظَر، فيَجوزُ، حتى لو عُرِف سوءُ الاختِيارِ من الأَب مَجانةً وفِسقًا كان عقدُه باطِلًا.

بخِلاف تَصرُّفِ الأَبِ في المال؛ لأنه لا مَقصودَ هناك سوى الماليّةِ، فإذا قَصَّر في الماليّة فليس بإزاء هذا النُّقصانِ ما يَجبُرُه.

---

(١) في (ب): المهر والسكن.

(٢) في (و): السكنى.

وبخِلاف الأخِ والعمِّ؛ لأنه ليس لهما شَفَقةٌ وافِرةٌ، فنَحمِلُ تقصيرَهما في الكَفاءة والمهرِ على تَركِ النَّظَرِ والميلِ إلى الرِّشوة، لا[1] لتَحصيل سائرِ الْمَقاصدِ.

---

(١) سقطت من (أ).

فَصْلٌ في الوَكالةِ(١) في النِّكاحِ وغيرِها(٢)

تَولَّى(٣) طَرَفَي النِّكاحِ واحِدٌ، وَلِيًّا، أو وَكيلًا، أو وَلِيًّا ووَكيلًا، أو أصيلًا(٤) ووَكيلًا أو وَلِيًّا، لا فُضولِيًّا(س)(٥) وأصيلًا، أو فُضولِيًّا(س) فيهما.

ويَجوزُ لابن العمِّ أن يُزوِّجَ بِنتَ عمِّه من نَفسه، بأن يَقولَ: (زَوَّجتُ فُلانةَ من نَفسي) بحَضرة الشُّهودِ.

وإذا أذِنت امرَأةٌ لرَجُلٍ أن يُزوِّجَها من نَفسه، فعَقَد بحَضرة شاهِدَين: جاز.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يَجوزُ فيهما؛ لأن النِّكاحَ عقدُ مُعاوَضةٍ يَقومُ بالشَّطرَين، فلا يُباشِرُ الواحِدُ الجانِبَين؛ لتَغايُر الحُكمَين، كالبَيع.

وفي أحد قولَي الشّافعيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ: إن كان وليًّا لهما يَجوزُ، وإن كان وَكيلًا لا يَجوزُ؛ لأنه لا ضَرورةَ في تَوكيل الواحِدِ من الجانِبَين.

بخِلاف ما إذا كان وليًّا من الجانِبَين؛ فإن في تَنفيذ العقدِ بعِبارته ضَرورةً؛ لأنه لا يَنعقِدُ بلا وليٍّ، فلو مَنَعناه من تَولِّي الشَّطرَين(٦) لامتَنَع النِّكاحُ أصلًا، ولئن أمَر غيرَه من

(١) في (ج) و(د): الولاية.

(٢) في (ب) و(ي): وغيره، وسقطت من (د) و(هـ).

(٣) أي صح تولي...

(٤) الأصيل في العقد: من يتم العقد نيابة عنه لصالحه، وإليه تنصرف آثار العقد. «لغة الفقهاء» ص ٧٢.

(٥) الفضولي: من لم يكن وليًّا ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد. «الدستور» ٣/ ٢٦.

(٦) في (هـ): الطرفين.

أَحَد الجانِبَين فمأمورُه قائِمٌ مَقامَه.

ولنا: أن العاقِدَ في النّكاح سَفيرٌ ومُعبِّرٌ، والواحِدُ كما يَصلُحُ أن يَكونَ مُعبِّرًا عن واحِدٍ.. يَصلُحُ أن يَكونَ مُعبِّرًا عن اثنَين، وفي البَيع مُباشِرٌ.

وهذا لأن الحُقوقَ في النّكاح تَرجِعُ إلى من عُقِد له، ولهذا لا يَستَغني عن إِضافة العقدِ إليه، وفي البَيع إلى العاقِد، حتى استَغنى عن الإضافة إليه.

والتَّنافي في الحُقوق للإفضاء إلى أحكامٍ مُتضادّةٍ، بأن يَكونَ مُطالِبًا ومُطالَبًا، مُسلِّمًا ومُتسلِّمًا، مُخاصِمًا ومُخاصَمًا.

ولا تَنافيَ في التَّعبير عن اثنَين؛ لأن العِبارةَ تَنتقِلُ إليهما، فيَكونُ العقدُ بينَ[1] شَخصَين.

وإذا تَولّى طرَفَيه فقولُه: (زَوَّجتُ) يَتضمَّنُ الشَّطرَين، ولا يَحتاجُ إلى القَبول.

لو قال رَجُلٌ: (اشهَدوا أنّي قد تزوَّجتُ[2] فُلانَةَ)، وهي غائِبةٌ، فبلَغها، فأجازت: فهو باطِلٌ.

وإن قال: (اشهَدوا أنّي تزوَّجتُ فُلانةَ)، فقال رَجُلٌ: (اشهَدوا أنّي قد زَوَّجتُها إيّاه)، فبَلَغها الخبرُ، فأَجازت: جاز.

ولو قالَت الْمَرأةُ: (اشهَدوا أنّي زَوَّجتُ نَفسي من فُلانٍ)، ولم يَقبَل عنه أحدٌ، فبَلَغه، فأَجاز: فهو باطِلٌ.

ولو قَبِل فُضوليٌّ من جِهة الغائبِ، فبَلَغه، فأَجاز: جاز.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجوزُ في الكلّ.

---

(١) في (ز): من.

(٢) في (ج) و(هـ): زوجت.

وحاصِلُه: أن الواحِدَ يَصلُحُ وَكيلًا في النّكاح من الجانِبَين، ووليًّا من الجانِبَين، ووليًّا من جانِبٍ أصيلًا من جانِبٍ، ووَكيلًا من جانِبٍ أصيلًا من جانِبٍ، ووليًّا من جانِبٍ وَكيلًا من جانِبٍ، بالاتِّفاق.

ولا يَصلُحُ فُضوليًّا من الجانِبَين، أو فُضوليًّا من جانِبٍ أصيلًا أو وليًّا أو وَكيلًا من جانِبٍ عندَهما، خِلافًا له.

ولو عَقَد فُضوليّان[1]، أو فُضوليٌّ وأصيلٌ: توقَّف(ف)[2].

ولو عَقَد فُضوليّان، أو فُضوليٌّ وأصيلٌ: تَوقَّف إجماعًا.

له: أن هذا لو صَدَر عن إذنٍ نَفَذ، فإذا صَدَر بلا إذنٍ تَوقَّف؛ لأن الإجازةَ اللّاحقةَ كالوَكالة السّابقةِ.

وكَلامُ الواحِدِ في النّكاح عقدٌ تامٌّ[3] باعتِبار الإذنِ ابتِداءً، فكذا باعتِبار الإجازةِ انتِهاءً؛ لأن الصِّيغةَ لا تَتغيَّرُ بالإجازة وعدَمِها، وإنما أَثَرُ الوِلايةِ أو الإجازةِ في النَّفاذ لا في تَغيير الصِّيغةِ، كما إذا جَرى العقدُ بينَ الفُضوليَّين.

وصار هذا كما لو قال الزَّوجُ: (خالَعتُ امرَأتي على كذا)، وهي غائِبةٌ، فبَلَغها الخبَرُ، فقَبِلت: جاز، وكذا الطَّلاقُ والإعتاقُ على مالٍ.

والجامِعُ: احتِياجُ الكلِّ إلى الإيجاب والقَبولِ.

---

(١) النكاح الفضولي: هو أن يزوج رجلاً غائبًا من المجلس بلا إذنه، بامرأة حاضرة بالنفس أو بالوكيل، أو امرأةً غائبةً بلا إذنها، بامرئٍ حاضر بالنفس أو بالوكيل. «التعريفات الفقهية» ص٢٣٢.

(٢) النكاح الموقوف: ما يتوقف على إجازة الأصيل أو الولي أو الوكيل بالوكالة العامة، كنكاح الفضولي. «التعريفات الفقهية» ص٢٣٢.

(٣) في (هـ): في النكاح غير تام.

بخِلاف البيعِ؛ فإنه لو صَدَر عن إذنٍ لا يَنفُذُ، فبغَير إذنٍ لا يَتوقَّفُ على الإجازة.

ولهما: أن شطرَ العقدِ لا يَتوقَّفُ على ما وراءَ الْمَجلِسِ، والعقدُ التّامُّ يَتوقَّفُ على ما وراءَ الْمَجلِسِ، وهذا شطرُ العقدِ، فلا يَتوقَّفُ على ما وراءَ الْمَجلِسِ، كما في البَيع.

وهذا لأنه شطرُ العقدِ لو كان صاحِبُه حاضِرًا، حتى مَلَكَ الرُّجوعَ قبلَ قَبولِ الآخرِ، وبَطَلَ بالقِيام قبلَ القَبولِ، ولو كان عقدًا تامًّا لَما بَطَلَ، كما لو وُجِد الشَّطران من الفُضوليَّين، فكذا إذا كان غائبًا.

بخِلاف ما إذا كان وليًّا من الجانِبَين؛ لأنه صار كلُّ العقدِ حُكمًا بحقِّ الوِلايةِ، ولهذا لا يَحتاجُ إلى القَبول، وصار هو كشَخصَين، وكَلامُه ككَلامَين، فنَفَذ على اعتِبار وُجودِ الكَلامَين لا على اعتِبار كَلامٍ واحِدٍ.

وإنما جُعِل الكَلامُ الواحِدُ كالكَلامَين عندَ الوِلايةِ، وهذا لا يَدُلُّ على أنه هكذا عندَ عدَمِها[1]، فبَقِي مَقصورًا على الْمُتكلِّم حَقيقةً، وأنه باعتِبار حَقيقتِه بعضُ العقدِ، فلا يَتوقَّفُ على ما وراءَ الْمَجلِسِ؛ لأنه لا بُدَّ من بَقاء الكَلامِ حتى يَتَّصِلَ به القَبولُ، فيَصيرَ عقدًا مُعتبَرًا.

ولا بَقاءَ للكَلام حَقيقةً؛ لأنه عرَضٌ يَتلاشى ويَضمحِلُّ حينَ وُجِد، وإنما يُعَدُّ باقِيًا ببَقاء حُكمِه، فمتى أفادَ حُكمًا يَبقى باعتِباره، فتَعمَلُ فيه الإجازةُ، وإلا لا، والعقدُ التّامُّ له حُكمٌ، وبعضُ العقدِ لا حُكمَ له.

وبخِلاف الْمَأمورِ من الجانِبَين؛ لأن عِبارتَه تَنتقِلُ إليهما، وصارَت قائِمةً مَقامَ عِبارتِهما، فكان تَمامُ العقدِ باثنَين مَعنًى، وهنا لا تَنتقِلُ عِبارتُه إلى الغَير؛ لأنه بالأَمر،

---

(١) في (هـ): عدمهما.

وهو غيرُ[1] مَأمورٍ به، فبَقِيت مَقصورةً عليه، فكانَت شطرَ العقدِ.

وبخِلاف الخُلعِ والطَّلاقِ والإعتاقِ بمالٍ؛ لأن ذا يَمينٌ؛ لما فيه من تَعليق الطَّلاقِ والعَتاقِ بالقَبول؛ لصِحّة تَعليقِهما[2] بالشَّرط، فإذا بَلَغهما وقَبِلا: صحّ؛ لوُجود الشَّرطِ، ولهذا لا يَصِحُّ الرُّجوعُ عن ذلك، ولليَمين حُكمٌ، فبَقِي باعتِبار حُكمِه.

ولا يُمكِنُ أن يُجعَلَ النِّكاحُ تعليقًا؛ لأنه لا يَحتمِلُ التَّعليقَ بالشَّرط.

ولا يَلزَمُ على هذا ما لو قال بمَحضَرٍ منها: (طَلَّقتُكِ بكذا)، فقامَت عن الْمَجلِس قبلَ القَبولِ، فإنه يَبطُلُ، ولو كان تَعليقًا بالشَّرط لما بَطَل بقِيامها عن الْمَجلِس: لأن من التَّعليقات ما يَبطُلُ بالقِيام عن الْمَجلِس، كقَوله: (أنتِ طالِقٌ إن شِئتِ)، فإنه يَقتصِرُ على وُجود[3] الْمَشيئةِ في الْمَجلِس، حتى يَبطُلُ بقِيامها عن الْمَجلِس.

وصُورةُ الفُضوليِّ والأصيلِ: أن يَخطُبَ رَجُلٌ امرَأةً على رَجُلٍ غائِبٍ لم يَأمُره به، فزَوَّجت نفسَها، فقَدِم الغائِبُ، أو بَلَغه، فأَجاز النِّكاحَ: جاز عندَنا.

خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ بِناءً على أَصله: أن العُقودَ لا تَتوقَّفُ على الإِجازة عندَه، وعندَنا: تَتوقَّفُ على الإجازة.

له: أن الْمَقصودَ من العُقود أحكامُها، ولا حُكمَ لعَقد الفُضوليِّ، فلا يُعتبَرُ.

ولنا: أن رُكنَ العقدِ هو الإيجابُ والقَبولُ، وذا حقُّ الْمُتعاقِدَين، وقد صَدَر من الأهل مُضافًا إلى محَلٍّ قابِلٍ للعَقد، فيَتِمُّ به الانعِقادُ نظَرًا لهما.

---

(١) سقطت من (ز).

(٢) في (ز): تعلقهما.

(٣) في (ز): وجوب.

ولا ضرَرَ على الغائِب في الانعِقاد، وإنما يَتضرَّرُ في الانبِرام[1]، وهو مُتراخٍ عن أَصل العقدِ؛ دفعًا للضَّرر عنه، وقد يَتراخى حُكمُ العقدِ عن العَقد، كما في البَيع بشَرط الخِيارِ.

رَجُلٌ أمَر رَجُلًا بأن يُزوِّجه امرَأةً، فزَوَّجه امرأتَين في عُقدةٍ واحِدةٍ: لا يَلزَمُ الآمِرَ واحِدةٌ منهما؛ لأنه لا وجهَ إلى إِلزام كِلتَيهما؛ لأنه خالَف أمرَه.

ولا إلى إِلزام إِحداهما بعَينها؛ لعَدَم الأولَويّةِ.

ولا إلى إِلزام إِحداهما لا بعَينها؛ لأن النِّكاحَ لا يَحتمِلُ الإضافةَ إلى الْمَجهولة؛ لتَعطُّله عما هو الْمَقصودُ منه، وهو الوطءُ؛ إذ وطءُ غيرِ الْمُعيَّنةِ مُستحيلٌ.

أميرٌ أمَر رَجُلاً أن يُزوِّجه امرَأةً، فزَوَّجه أمةً لغَيره: جاز عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: لا يَجوزُ؛ لأنهما يُقيِّدان[2] التَّوكيلَ بالْمُعتاد، كما في التَّوكيل بشِراء اللَّحمِ[3]، والْمُعتادُ التَّزوُّجُ بالأَكفاء.

وله: أن هذا الكَلامَ صَدَر مُطلَقًا، فيَجري على إِطلاقه في غَير مَوضِعِ التُّهمةِ، كما إذا زَوَّجه أمةَ نفسِه، والضَّرورةِ، كما إذا كانَت تحتَه حُرّةٌ.

والعُرفُ مُشترَكٌ؛ لأن الأشرافَ كما يَتزوَّجون الشَّريفاتِ.. يَتزوَّجون الْمُعتَقاتِ والإماءَ، فلا يَصلُحُ مُقيِّدًا؛ لأنه حينَئذٍ يَقعُ التَّعارُض، فبَقِي الإطلاقُ.

أو هو عُرفٌ عمَليٌّ، فلا يَصلُحُ مُقيِّدًا؛ وهذا لأن الْمُتعارَفَ أن لا يَتزوَّجَ الشَّريفُ الأمةَ.

---

(١) في (هـ): الإبرام.

(٢) في (هـ): يفيدان.

(٣) في سوى (د) و(و): الفحم.

أمَّا لا عُرفَ في أن مِثلَه لا يُسمّى تَزوُّجًا، والإطلاقُ صِفةُ اللَّفظِ، والتَّقييدُ يَرِدُ عليه: فلا بُدَّ أن يَكونَ لَفظيًّا؛ ألا تَرى أنه لو حَلَفَ لا يَأكُلَ لحمًا، فأكَل لحمَ خِنزيرٍ أو آدميٍّ: حَنِث، مع أنه غيرُ مُعتادٍ فِعلًا؛ لأنه لحمٌ قولًا.

وذَكَر في كِتاب الوَكالةِ: أن اعتِبارَ الكَفاءةِ في جانِب النِّساءِ استِحسانٌ عندَهما[1]؛ إذ كلُّ أحدٍ لا يَعجِزُ عن التَّزوُّج بمُطلَق الْمَرأةِ، فكانَت الاستِعانةُ بالغَير للتَّزوُّج بالكُفُؤ ظاهِرًا، فيَتقيَّدُ به.

(١) في (ب): عنده.

فصل

[في مسائل أخرى متعلّقة بالوكالة في النكاح]

الأصلُ: أن الْمَعرِفةَ لا تَتناوَلُ النَّكِرةَ؛ لكَونهما ضِدَّين.

وأن الوَكيلَ يَملِكُ الْموقوفَ، كما يَملِكُ النّافذَ، لكن لا تَنتَهي الوَكالةُ به؛ للعَدَم من وجهٍ، وما بَقِيت الوَكالةُ، فتَصرُّفُه كتَصرُّف الْمُوكِّلِ.

وعقدُ الفُضوليِّ لا يَكونُ ردًّا للعَقد بجِهة الوَكالةِ؛ لأنه عدَمٌ في حقِّ الْمُجيزِ، والإجازةُ تَلحَقُ الْمَوقوفَ دونَ الْمَفسوخِ.

وما لا يَقبَلُ الاجتِماعَ فإثباتُ أحَدِهما نفيُ الآخرِ[1].

والنَّفاذُ من أحد الطَّرَفين يَكفي للنَّفي، وعقدُ الفُضوليِّ يَقتصِرُ عليه ما لم يُجز.

أُمِر بنِكاح امرأةٍ.. خالَف بامرأتَين[2]، لا بأمةٍ(س م).

وَكَّلَتْه بتَزويجها: لا يَتزوَّجُها.

وَكَّلت امرَأةٌ رَجُلًا بتَزويجها[3]، فتَزوَّجها: لم يَجُز؛ لأنه مَعرِفةٌ، فلا تَدخُلُ تحتَ الْمُنكَّرِ[4].

ولأنها نصَبَتْه مُزوِّجًا لا مُتزوِّجًا.

---

(١) في (ج): للآخر.

(٢) أي لو زوجه امرأتين يكون مخالفًا.

(٣) في (هـ) و(و): بتزوجها.

(٤) في حاشية (و): النكرة.

وَكَّله أن يُزوِّجه[1] امرأةً، فزوَّجها بلا رِضاها، ثم نَقَضه، أو زوَّجه أُختَها: انتقَض.

وَكَّله أن يُزوِّجه امرأةً، فزوَّجه امرأةً بغير رِضاها، ثم نَقَض الوَكيلُ: صحّ.

لأن الوَكالةَ لم تَتناهَ؛ لعَدَم اتِّصالِ الحُكمِ به، فكان بسَبيلٍ من فَسخه[2]، كالْمُوكِّل.

ولا يُشترَطُ في ذلك حَضرةُ الْمَرأةِ؛ لأن حُكمَ العقدِ لم يَظهَر في حقِّها.

وكذا لو زَوَّجه أُختَها؛ لئلا يَصيرَ جامِعًا بينَهما عقدًا؛ وهذا لأن حُكمَ الوَكالةِ لم يَتناهَ، فصار كما لو فَعَل الْمُوكِّلُ بنفسه.

ولو زَوَّجه امرَأتَين إحداهما أُختُها، أو أربَعًا: لا، وتَوقَّف، وليس له نقضُه.

ولو زَوَّجه امرَأتَين إِحداهما أُختُ الأُولى، أو أربَعًا في عُقدةٍ سِواها: لا يَنتقِضُ العقدُ الأوَّلُ، ويَتوقَّفُ العقدُ الثّاني.

لأن الوَكيلَ في هذا العقدِ فُضوليٌّ، والعقدُ من الفُضوليِّ لا يكونُ ردًّا للعَقد الصّادرِ بالوَكالة؛ لأن عقدَ الفُضوليِّ عدَمٌ في حقِّ الْمُجيزِ.

فُضوليٌّ زَوَّج رَجُلًا امرأةً برِضاها، ثم نَقَض هذا العقدَ قبلَ أن يُخبِرَ[3] الزَّوجَ: لم يَصِحَّ؛ لأنه ليس بوَكيله، فلم يَملِك التَّصرُّفَ فيه.

وكذا لو زَوَّجه أُختَها أو أربَعًا: لم يكن نقضًا، وتَوقَّف الكلُّ على الإجازة؛ إذ لا تَضايُقَ في التَّوقُّف.

كما لو وَكَّله بالنِّكاح، فنَقَضه، ولو أجازَه صح.

---

(١) في (ن) و(ف): يزوج.

(٢) في حاشية (أ): بسبيل فسخه. نسخة.

(٣) في (ز): يجيز.

ولو أن الزَّوجَ وَكَّل هذا الفُضوليَّ الذي زَوَّجه أن يُزوِّجه، فأَجاز ما صَنَع: جاز؛ لأنه يَملِكُ الإنشاءَ، فيَملِكُ الإجازةَ.

ولو نَقَضه لا يَصِحُّ؛ لأنه أجنبيٌّ عن ذلك العقدِ.

وإنما مَلك الإجازةَ: لأنها إنشاءٌ من وجهٍ، ولم يُوجَد هذا في النَّقض، فلا يَملِكُه.

ولو زَوَّجه أُختَها يَرتدُّ الأوَّلُ؛ لأنه في العَقد الثّاني وَكيلٌ، فصار كما لو باشَر الْمُوكِّلُ.

وكذا الزَّوجُ لو تَزوَّج امرَأةً بغَير إذنِها، فوَكَّل آخرَ بأن يُزوِّجه، فردَّ ما صَنَع الزَّوجُ: لم يَجُز.

ولو زَوَّجه أُختَها كان ردًّا لما باشَره الزَّوجُ ضِمنًا.

ولو وَكَّله بمُعيَّنةٍ، فزَوَّجها بلا أمرها، ثم نَقَضه، أو جَدَّده: انتَقَض، ولو زَوَّجه أُختَها: لا.

ولو وَكَّله بنِكاح امرَأةٍ مُعيَّنةٍ، فزَوَّجها منه بلا رِضاها، ثم نَقَضه قبلَ إجازتِها: جاز؛ لأنه تَصرُّفٌ بوَكالةٍ، فصار كما لو ردَّ الْمُوكِّلُ.

ولو زَوَّجه أُختَها لم يكن ردًّا؛ لأنه فُضوليٌّ في العَقد الثّاني، فلا يَرتدُّ العقدُ الصّادرُ عن توكيلٍ.

ولو زَوَّجها ثانيًا بَطَل الأوَّلُ؛ لأنه وَكيلٌ في العَقد الثّاني، فانفَسَخ الأوَّلُ به.

وفائِدتُه: تَظهَرُ عندَ اختِلافِ المهرِ.

فُضوليّان زَوَّجاها رَجُلًا بألفٍ، وجَدَّدا بخَمسين، فأَجاز أحَدُهما أحَدَهما: بَطَل الآخَرُ.

فُضوليّان زَوَّجا رَجُلًا امرأةً، خاطَب أحَدُهما عنه، والآخَرُ عنها، ثم جَدَّدا[1] العقدَ: توَقَّفا[2]؛ لأنه لا تَضايُقَ في التَّوقُّف، وهما في الثاني فُضوليّان، كالأوَّل، فلا يَبطُلُ الأوَّلُ بالثّاني.

ولو خاطبَتْه الْمَرأةُ في العَقدَين بَطَل الأوَّل بالثّاني.

وليس للزَّوج أن يُجيزَ الأوَّلَ؛ لأنها بالإقدام على الثّاني صارَت رادّةً للأوَّل، وإليها ذلك.

وَكَّله بأَلف دِرهَمٍ، فزَوَّجه بخَمسين دِينارًا، فجَدَّده بألفٍ: بَطَل الأوَّلُ، ولو كان الأوَّلُ بألفٍ بغَير أمرِها، والثّاني به: بَطَل الأوَّلُ، وبغَيره لا.

وَكَّله بأن يُزوِّجَه امرأةً بألفٍ، فزَوَّجه امرأةً بخَمسين دِينارًا بإِذنها أوْ لا بإِذنها، ثم جدده بألفٍ بإِذنها أو بلا إِذنها: بَطَل الأوَّلُ بالثّاني.

لأنه فُضوليٌّ في الأوَّل وَكيلٌ في الثّاني، فيَرتدُّ الأوَّلُ به.

ولو كان الأوَّلُ بألفٍ بلا إِذنها، والثّاني بخَمسين دِينارًا بلا أَمرها: لا يَنتقِضُ الأوَّلُ؛ لأنه فُضوليٌّ في الثّاني.

وإن كان الثّاني بأَمرها: بَطَل الأوَّلُ؛ لأنه نَفَذ عليها، وهي تَملِكُ النَّقضَ، فانتَقَض به الأوَّلُ؛ لما مرَّ أن النَّفاذَ من أحَد الطَّرَفَين كافٍ للمُناقَضة في مَوضِع التَّنافي.

وَكَّلهما، فزَوَّجه كلُّ واحِدٍ واحِدةً معًا بلا أَمرها، أو إِحداهما بِرضاها، وهما أختان: بَطَلا، كما لو وَكَّل خَمسةً، فزَوَّج كلٌّ امرأةً معًا.

---

(١) في سوى (أ): جدد.

(٢) في (ج): توقف.

وَكَّل رَجُلَين أن يُزوِّجَه كلُّ واحِدٍ امرأةً، فزَوَّجه كلُّ واحِدٍ امرأةً معًا بلا أمرها، وهما أُختان رَضاعًا: بَطَلا، كما لو فعَل بنفسه.

وكذا لو كان أحَدُهما بِرِضا الْمَرأةِ.

وكذا لو وَكَّل خمسةً وَكالةً مُتفرِّقةً[1]، فزَوَّجه كلُّ واحِدٍ، ووَقَعت العُقودُ معًا؛ لأنه يَصيرُ[2] كأنه تزوَّج الخمسَ في عُقدةٍ.

وفي فُضولِيَّين في عَقدَين: توقَّف، وفي عقدٍ لا.

ولو كانا فُضولِيَّين فزَوَّجاه أُختَين في عُقدتَين، ووَقَع العَقدان معًا: توقَّفا؛ إذ لا تَضايُقَ في التَّوقُّف.

ولو زَوَّجاه الأُختَين في عُقدةٍ: بَطَلا؛ للجَمع في العَقد.

قالَت أُختان: (زَوَّجناك أنفُسَنا)، وقَبِل واحِدةً: صحّ، ولو بَدَأ لا.

ولو خاطبَت أُختان رَجُلًا فقالَت كلُّ واحِدةٍ: (زَوَّجتُك نَفسي) وخَرَج كَلامُهما معًا، فقال الزَّوجُ لإحداهما: (رَضِيتُ نِكاحَكِ): جاز نِكاحُها؛ لأن الجمعَ يَتحقَّقُ بالقَبول، ولم يُوجَد القَبولُ إلا في إحداهما.

ولو بَدأ الزَّوجُ فقال: (تزوَّجتكما)، فقالَت إحداهما: (رَضِيتُ): لم يجز؛ لأن الجمعَ تَحقَّق في حقِّه، فلَغا كَلامُه.

وكذا لو قال لخَمس نِسوةٍ: (تزوَّجتكنَّ)، فقالَت واحِدةٌ: (رَضِيتُ): لم يَجُز.

زَوَّج أمتَه وبِنتَه منه: صحَّ قَبولُها دونَ الأمةِ.

---

(١) في حاشية (و): منفردة. نسخة.

(٢) في (هـ): لأنه لا يصير.

ولو جَمَع بينَ أَمَتِه وبِنتِه، وقال: (زَوَّجتُكما منه) فقَبِل الزَّوجُ نِكاحَ الأمةِ: بَطَل؛ لعَدَم محلِّيَّتِها[1] عندَ ضمِّها إلى الحُرّة، فلَغا الإيجابُ.

ولو قَبِل نِكاحَ البِنتِ بعدَ ذلك صحّ؛ لأن نِكاحَ الأمةِ لو صحَّ لا يَمنَعُ نِكاحَ الحُرّةِ، فإذا لم يَصِحَّ أَولى.

فُضولِيّان زَوَّجاها رَجُلًا بألفٍ، وجَدَّدا بخَمسين، فأَجاز أحَدُهما أحَدَهما: بَطَل الآخَرُ.

فُضولِيّان زَوَّجا رَجُلًا امرَأةً على ألفٍ، وجَدَّدا العقدَ بخَمسين دِينارًا، فأَجاز أحدُ الزَّوجَين أحدَ العَقدَين: بَطَل الآخرُ؛ لتَعذُّر الجمعِ بينَ التَّسميتَين.

فلو أَجاز الآخرُ العقدَ الآخرَ لم يَجُز، وله أن يُجيزَ الأوَّلَ؛ لأن إجازةَ الثّاني ليست بردٍّ للأوَّل؛ لأنها ما وُضِعت للرَّدّ.

وإنما جُعِلت ردًّا حالَ الثُّبوتِ: ضَرورةَ التَّضايُقِ، فإذا لم تَثبُت لا يَصيرُ ردًّا.

ولو أَجاز كلٌّ نِكاحًا معًا، أوْ لا يُعلَمُ السّابِقُ: بَطَلا، وإن عُلِم توقَّف.

ولو أَجاز كلُّ واحِدٍ نِكاحًا معًا: بَطَلا؛ لأن إجازةَ كلِّ واحِدٍ منهما فسخٌ للآخَر، وكلٌّ منهما يَنفرِد بالفَسخ دونَ الإجازةِ، فصار الفسخُ أَولى.

وكذا إن تَقدَّم أحَدُهما ولم يُعلَم؛ لأن الثّابتَ مَجهولٌ، فلا تَلحَقُه الإجازةُ، كمن طَلَّق إِحدى امرَأتَيه ثم نَسِيها.

ولو عُلِم ذلك فهو المَوقوفُ، فلهما أن يَجتمِعا عليه.

وإن أجازَتْهما، وأَجاز الأوَّلُ أو الآخَرُ: صحَّ بتَسمِيته.

---

(١) في (د): محليتهما.

ولو أَجازت النِّكاحَين، وأَجاز الأوَّلَ فهو جائِزٌ، وعليه المهرُ الذي سُمِّي في النِّكاح الأوَّلِ.

وإن أَجاز الثّانيَ فهو جائِزٌ، وعليه المهرُ الذي سُمِّي فيه.

وإن أَجازاهما صحّ، وحُكِّم(س م) مهرُ الْمِثلِ(١)، ولو أَجازا معًا أَحَدَهما: خُيِّرا.

ولو أَجازاهما جاز، وحُكِّم مهرُ الْمِثلِ، لا يُزادُ على الأكثَر، ولا يُنقَصُ عن الأَقَلّ(٢).

وعندَهما: لها الأقلُّ بكلِّ حالٍ، وسيَجيءُ تَحقيقُه إن شاء اللهُ تَعالى.

ولو قالا معًا: (أَجَزْنا أحدَ النِّكاحَين): لا تَثبُتُ إجازةً، ورُدّ؛ لأن العقدَ انعقَد على إجازة أحَدِهما، ولم يَتعيَّن، فلا يَكونُ إجازةً.

ولو قال: (أجَزْتُ(٣) أحَدَهما)، ثم قالَت مِثلَه: صحَّ بمَهر الْمِثلِ.

---

(١) مهر المثل: ما اعتاد الناس أن يدفعوه مهرًا لأمثال هذه المرأة من قريباتها. «لغة الفقهاء» ص٤٦٦.

مهر المثل عند الحنفية: هو مهر امرأة تماثلها من قوم أبيها، وقت العقد، سنًّا، وجمالًا، ومالًا، وبلدًا، وعصرًا، وعقلًا، ودِينًا، وبكارةً وثيوبةً، وعفةً، وأدبًا، وكمالَ خُلُق، وعدَمَ ولد.

ويعتبر حال الزوج أيضًا، بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها في المال، والحسب، وفي بقية الصفات.

وعند الشافعية: هو ما يُرغب به في مثلها عادةً من نساء عصباتها، وإن مِتْن، وهن المنسوبات إلى من تنسب هي إليه، كالأخت، وبنت الأخ، أو العمة، وبنت العم. دون الأم، والجدة، والخالة. وتعتبر القربى فالقربى، فإن تعذر معرفة ما يرغب به في مثلها من نساء العصبات: فيعتبر قرابات الأم، كجدة أو خالة، وتُقدم القربى منهن على غيرها. «القاموس الفقهي» ص٣٤١.

تحكيم مهر المثل: جَعْلُ مَهرِ الْمِثلِ حَكَمًا بينهما. «الرمز».

(٢) في (ب): الأول.

(٣) في (ع): اخترت.

ولو قال: (أجزتُ أحَدَهما)، ثم قالَت مِثلَه: صحّ، ووَجَب مهرُ الْمِثلِ؛ لأنه لما أَجاز أَحَدَهما انفَسَخ الآخرُ، فإجازتُها تَنصرِفُ إلى محلِّها، وهو الْمُجازُ دونَ الْمَفسوخِ.

وَكَّلهما مُتفرِّقًا بمُعيَّنةٍ، وهي بمِثله[1]، فعقَد هذا وهذا بألفٍ، والآخَران بخَمسين معًا، أو جُهِل، أو اختُلِف في السّابِق: صحَّ به.

رَجُلٌ وَكَّل رَجُلًا أن يُزوِّجه امرَأةً بعَينها، ووَكَّل آخرَ أيضًا، ووَكَّلت امرَأةٌ أيضًا وَكيلَين كذلك، فالتَقى وَكيلا الزَّوجِ ووَكيلا الْمَرأةِ فزَوَّج أحدُ الوَكيلَين بألفٍ، وقَبِل وَكيلٌ من جانِبها، وزَوَّج الآخرُ بمِائة[2] دِينارٍ، وقَبِل الآخرُ من جِهَتها، ووَقَع العَقدان معًا، أو جُهِل، أو اختُلِف في السّابِق: صحَّ بمَهر الْمِثلِ.

فُضوليٌّ زَوَّج عبدًا أربَعًا في عَقدَين بِرضاهنّ، فعتَق: يُجِيزُ ثِنتَين، وفي عَقدٍ لا.

فُضوليٌّ زَوَّج عبدًا امرَأتَين في عُقدةٍ، ثم زَوَّجه امرَأتَين في عُقدةٍ، وذا بِرضا النِّسوةِ، فعتَق: له أن يُجيزَ[3] نِكاحَ ثِنتَين: إما الأُولَيين أو الأُخرَيين، أو إِحدى الأُولَيين وإِحدى الأُخرَيين؛ لأنه لا يَملِكُ مما انعَقَد مَوقوفًا إلا ذلك، ولا تَضايُقَ في التَّوقُّف.

ولو أَجاز نِكاحَ الثَّلاثِ بَطَل؛ لأن العقدَ لم يَتوقَّف على الثَّلاث، فلو أَجاز نِكاحَ الرّابعةِ جاز؛ لأنه مَوقوفٌ.

ولو كانَت الأنكِحةُ وَقَعت في عُقدةٍ: لم تَلحَقها الإجازةُ أبدًا؛ لأن اللَّفظَ وَقَع لغوًا.

ولو زَوَّج حُرًّا أُختَ امرَأتِه، أو أربَعًا، فماتَت: يُجِيزُ الثَّلاثَ، لا الأُختَ.

---

(١) أي وكلتهما متفرقًا بمعين.

(٢) في (هـ): بخمسين.

(٣) في (هـ): فقبوله أن يجيز.

حُرٌّ له امرَأةٌ، زَوَّجه رَجُلٌ أربعًا في عُقَدٍ مُتفرِّقةٍ، فماتَت امرَأتُه: لم يَملِك إلا إجازةَ الثَّلاثِ؛ لأنه لم يَنعقِد إلا مَوقوفًا على إجازة الثَّلاثِ.

ولو زَوَّجه أُختَها، فماتَت امرَأتُه: لم يَملِك الإجازةَ؛ لأن اللَّفظَ وَقَع لغوًا.

ولو زَوَّجه صَغيرةً وكَبيرةً، فأرضعَتْها، أو صَغيرتَين، فأرضعَتْهما امرَأةٌ: بَطَلا، ولو أرضعَتْها[1]، فماتَت، فأرضَعت أُخرى: تَوقَّف هذا.

فُضوليٌّ زَوَّج رَجُلًا صَغيرةً وكَبيرةً، فأرضَعت الكبيرةُ الصَّغيرةَ، أو صَغيرتَين، فأرضعَتْهما امرَأةٌ: بَطَلا؛ لأنه يُبطِلُ النّافذَ، فما ظَنُّك بالْمَوقوف؟!

ولو أرضَعت واحِدةً فماتَت، فأرضَعت الأُخرى: فهذا يَتوقَّفُ؛ لأنه لا أُختيّةَ وقتَ الجمعِ، ولا جمعَ وقتَ الأُختيّةِ.

ولو زَوَّجه أمتَين في عُقدةٍ، فعَتَقت واحِدةٌ: حَرُمت الأُخرى، ولو عَتَقتا معًا تَوقَّفا.

ولو زَوَّجه أمتَين في عُقدةٍ، فعَتَقت واحِدةٌ: بَطَل نِكاحُ الأُخرى؛ لأنه لا حِلَّ للأَمة مع الحُرّةِ نَفاذًا وتَوقُّفًا[2].

ولو أعتَقهما معًا: تَوقَّفا؛ لأنه صار كأنه إنشاءُ العقدِ بعدَ العَتقِ.

ولو قال: (هذه حُرّةٌ، وهذه حُرّةٌ) بَطَلت الثّانيةُ.

ولو قال: (هذه حُرّةٌ، وهذه حُرّةٌ)، وَصَل أم فَصَل: بَطَل نِكاحُ الثّانيةِ.

ونِكاحُ الأُولى مَوقوفٌ؛ لأن صدرَ الكَلامِ يَتوقَّفُ على الْمُغيِّر، والحُكمُ في حقِّها[3]

(١) في (م): أرضعتهما.

(٢) في (هـ): أو توقفا.

(٣) في (و): حقهما.

بإعتاق الثّانيةِ لا يَتغيَّرُ[1].

ولو زَوَّجه أُختَين في عَقدَين، فقال: (أجزتُ هذه وهذه): بَطَلا.

ولو زَوَّج فُضوليٌّ أُختَين في عَقدَين، فبلَغه فقال: (أجَزتُ نِكاحَ هذه وهذه): بَطَلا؛ لأن حُكمَ الصَّدرِ يَختلِفُ بإِجازة الثّانيةِ في الأُختَين، فيَتوقَّفُ، بخِلاف الأمتَين، والله أعلمُ.

---

(١) في (هـ): لا يتعين.

بَابُ المهرِ

بابُ المهرِ(١)

صحَّ النِّكاحُ بلا ذِكره(ك).

النِّكاحُ يَصِحُّ بلا تَسمِية مهرٍ؛ لأنه لا يُنبِئُ إلا عن الانضِمام لُغةً، فيَتِمُّ بالْمُتناكِحَين، فلو شَرَطنا تَسميةَ المهرِ في العَقد لزِدنا على النَّصّ(٢).

ثم المهرُ واجِبٌ شرعًا؛ لقَوله تَعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النِّسَاء: ٢٤]، فقد أحَلَّ الابتِغاءَ مُلصَقًا بالمال.

والابتِغاءُ هو: الطَّلَبُ، والطَّلَبُ بالعَقد يَقَعُ، فدَلَّ أنه لم يُشرَع بلا مالٍ.

ولأن حُكمَ النِّكاحِ ثُبوتُ الْمِلكِ للزَّوج عليها؛ تَحقيقًا للقَوامِيّة؛ لتَظهَرَ نَتائِجُها من الحَبس في البَيت وغيرِه بالمال؛ لأن ثُبوتَه بلا مالٍ تَبرُّعٌ، فشابَه البذلَ والإباحةَ، ولا مَدخَلَ لهما في الأَبضاع؛ لكَونها محلَّ النَّسلِ.

وقد نِيط به حقُّ اللهِ تَعالى، فصِين عنهما؛ تَعظيمًا له، وإبانةً لخَطَره(٣)؛ حتى لا يَهونَ

---

(١) المهر: صَداق المرأة، والجمع مهورة، مثل بعل وبعولة، وفحل وفحولة. «المصباح» ٢/ ٥٨٢.

(٢) أي قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ﴾ [النساء: ٣]، قال في «العناية» ٣/ ٣١٦: لا خلاف لأحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر، قال الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿فَٱنكِحُواْ﴾، والنكاح لغة لا ينبئ إلا عن الانضمام والازدواج، فيتم بالمتناكحين، فلو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص. انتهى.

(٣) في (ب): لحظره.

فِي عَين من يَملِكُ، فلا يَتجاسَرَ على إِبطال الْمِلكِ الوارِدِ عليه، بل يأبَى أشدَّ الإباءِ، فيَبقى النِّكاحُ، وتَتحقَّقُ[1] حِكمةُ بَقاءِ العالَمِ.

فإن قِيل: لو زَوَّج أمتَه من عَبده لا يَجِبُ المهرُ، كذا ذَكَره في «الْمُحيط»، فعُلِم أن النِّكاحَ شُرِع بلا مالٍ.

قُلنا: قد قِيل بأنه يَجِبُ ثم يَسقُطُ، ومن قال بأنه لا يَجِبُ أصلًا لأنه لا فائِدةَ في إِيجابه.. يَقولُ بأن النَّصَّ تَناوَل الأحرارَ؛ بدَليل السِّباقِ والسِّياقِ.

وإذا تَزوَّجها على أنْ لا مهرَ لها صحَّ النِّكاحُ عندَنا؛ لما بَيَّنَّا.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ؛ لما تَلَونا[2].

قُلنا: النَّصُّ يَقتَضي أن لا يُشرَعَ بلا مالٍ، وبه نَقولُ، والكَلامُ في ذِكره، والنَّصُّ لا يَقتَضيه.

فإن قِيل: النِّكاحُ عقدُ مُعاوَضةٍ يَفتقِرُ إلى الْمَهر، كالبَيع يَفتقِرُ إلى الثَّمَن، ثم نفيُ الثَّمَنِ يُفسِدُ البيعَ، فنفيُ المهرِ يَنبَغي أن يُفسِدَ النِّكاحَ.

قُلنا: الثَّمَنُ عِوَضٌ أصليٌّ في البَيع؛ لاقتِضائه الثَّمَنَ لُغةً وشرعًا؛ إذ هو لُغةً: تَمليكُ شيءٍ بشيءٍ، وشرعًا: تَمليكُ مالٍ بمالٍ، فتركُ تَسميتِه يُفسِدُه، كتَركِ تَسميةِ أحدِ الزَّوجَين.

وأما المهرُ: فليس بعِوَضٍ أصليٍّ؛ لأن النِّكاحَ لُغةً لا يَقتَضيه؛ لأنه يُنبِئُ[3] عن الازدِواج، وذا بصَيرورة كلٍّ زوجًا لصاحِبه، وإنما وَجَب شرعًا: إظهارًا لخَطَر[4] المحَلِّ.

---

(١) في (د): ولا تتحقق.

(٢) في (ب): أي من قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

(٣) في (أ): ينبني.

(٤) في (أ) و(ب): لحظر.

فوَفَّرنا على الشَّبَهَين حظَّهما، فمِن حيث إنه ليس بعِوَضٍ أصليٍّ لا يَفسُدُ النِّكاحُ بعَدَمه ونفيِه، ومن حيث إنه عِوَضٌ شرعًا لا يَنعقِدُ بدُونه.

وأَقَلُّه: عَشَرةُ(ف) دَراهِمَ[1].

وأقلُّ المهرِ: عشَرةُ دَراهِمَ، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ما جاز أن يَكونَ ثمَنًا في البَيع جاز أن يَكونَ مهرًا؛ لأن المهرَ حقُّها؛ لأنه بدَلُ بُضعِها، وهو حقُّها، ولهذا مَلَكت التَّصرُّفَ فيه إبراءً واستِيفاءً، فكان التَّقديرُ إليها، كما في البَيع والإجارةِ[2]؛ لأن حقَّ الإنسانِ: ما يَتولّى إسقاطَه وإثباتَه.

ولأن النَّصَّ[3] شَرَع الابتِغاءَ بمُطلَق المالِ، فالتَّقييدُ بالعَشَرة زِيادةٌ على النَّصّ.

ولنا: ما رَوى عمرُو بنُ شُعَيبٍ عن أبيه عن جدِّه: أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ولا مهرَ دونَ عشَرةٍ»[4]، وغيرُ الدَّراهِمِ لم يَتقدَّر بالعَشَرة، فتَعيَّنت الدَّراهِمُ ضَرورةً.

ولأنه حقُّ الشَّرعِ وُجوبًا؛ لقَوله تَعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

فهذا النَّصُّ يَقتَضي أن صاحِبَ الشَّرعِ هو الْمُتولِّي للإيجاب والتَّقديرِ، وأن تَقديرَ العبدِ امتِثالٌ له، فمن جَعَل إلى العَبد اختِيارَ الإيجابِ والتَّركِ والتَّقديرِ.. كان رادًّا له.

ولَمَّا كان ثُبوتُ المالِ فيه لإظهار خطَرِه وصِيانتِه عن شُبهة البذلِ، ونفسُ المالِ

(١) وتعدل اليوم (٣٥) غ من الفضة.

(٢) في (د): والإجارة.

(٣) أي قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

(٤) رواه الدارقطني (٣٦٠١)، والطبراني في «الأوسط» (٣)، وسعيد بن منصور (٥٣٧)، وأبو يعلى (٢٠٩٤)، والبيهقي (١٣٧٦٠)، ولفظهم -مع اختلاف يسير بينهم-: «لا تُنكِحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يُزَوِّجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم».

يُوجَدُ مُهانًا مُطَّرحًا، كحَبّة حِنطةٍ وكِسرةِ خُبزٍ.. قَدَّرناه بما له خطَرٌ شرعًا، وهو العشَرةُ؛ استِدلالًا بنِصاب السَّرِقةِ، فإنه يُستحَقُّ بها العُضوُ، فيُستباحُ بها البُضعُ.

فإن سَمّاها، أو دونَها[ز]: تَجِبُ عَشَرةٌ بالوَطء، أو بالْمَوت.

فإن سَمّى أقلَّ من عشَرةٍ: فلها العشَرةُ، وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ؛ لأن ما دونَ العشَرةِ لا يَصلُحُ مهرًا، فلَغت التَّسميةُ، ويَجِبُ مهرُ الْمِثلِ، كما لو سَمّى خمرًا أو خِنزيرًا.

ولنا: أن الزِّيادةَ على ما سَمّى تَجِبُ حقًّا للشَّرع، وحقُّ الشَّرعِ يَتأدّى بالعَشَرة، فلا يُزادُ عليها.

فأما ما يَرجِعُ إلى حقِّها: فقد رَضِيَت بما دونَ العشَرةِ، فيَكونُ أَرضى بها، ومتى تَحقَّق رِضاها ورِضا الشَّرعِ.. فلا مَعنى للزِّيادة.

بخِلاف ما إذا لم يُسَمِّ شيئًا؛ لأنها قد تَرضى بلا مالٍ اكتِسابًا للمِنّة على الزَّوج، وإظهارًا للكَرَم، ولا تَرضى باليَسير تَرفُّعًا؛ لأن ذا عادةُ اللِّئامِ، فيَجِبُ الْمُوجَبُ الأصليُّ عندَ عدَمِ التَّسميةِ، وهو مهرُ الْمِثلِ.

ولو طَلَّقها قبلَ أن يَدخُلَ بها: يَجِبُ خمسةٌ عندَ الثَّلاثةِ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَجِبُ الْمُتعةُ، كما لو لم يُسَمِّ شيئًا.

وإن سَمّى مهرًا عشَرةً فما زاد: فعليه الْمُسمّى إن دَخَل بها أو مات أحَدُهما؛ لأن بالدُّخول يَتحقَّقُ تَسليمُ الْمُبدَلِ، وبتَسليم الْمُبدَلِ يَتأكَّدُ البدَلُ، كما في البَيع.

والنِّكاحُ عقدُ العمُرِ، فيَنتَهي بالْمَوت، والشَّيءُ يَتقرَّرُ بانتِهائه، فيَتقرَّرُ بمَواجِبه، والمهرُ منها.

ونصفُها(ز) بطلاقٍ قبلَه.

وإن طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ والخَلوةِ: فلها نِصفُ الْمُسمّى؛ لقَوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧].

ولأن الطَّلاقَ قبلَ الدُّخولِ يُشبِهُ الفسخَ؛ لأن الْمَعقودَ عليه عاد إليها سالِمًا، ويُشبِهُ القطعَ؛ لأنه تَصرُّفٌ في إبطال مِلكِه، والفسخُ يُوجِبُ سُقوطَ الكلِّ، كما إذا تَفاسَخا العقدَ، والقطعُ يُوجِبُ تأكُّدَ الكلِّ، كما لو أتلَفَ(١) الْمَبيعَ في يَد البائعِ أو أعتَقه، فيَنتصَّفُ.

وما ذَكَر في «الهِداية»: (والأقيسةُ متُعارِضةٌ...) إلى قَوله: (فكان الْمَرجِعُ فيه النَّصَّ): يُوهِمُ تَقدُّمَ القِياسِ على النَّصّ، وذا لا يَجوزُ، إلا أن يُرادَ أن الأقيِسةَ لو لم تكن مُتعارِضةً، بل كانَت مُتعاضِدةً لكان الْمَرجِعُ فيه النَّصَّ والقِياسَ، فلما تَعارَضت تَساقَطت، فكان الْمَرجِعُ فيه النَّصَّ فحسبُ.

وشُرِط أن يَكونَ قبلَ الخَلوةِ: لأنها كالدُّخول عندَنا.

وإن لم يُسمِّه، أو نَفاه: يَجِبُ مهرُ مِثلِها إن وَطِئ، أو مات(ف).

وإن تَزوَّجها ولم يُسَمِّ لها مهرًا، أو تَزوَّجها على أنْ لا مهرَ لها: فلها مهرُ مِثلِها إن دَخَل بها أو مات عنها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجِبُ شيءٌ في الْمَوت قبلَ الدُّخولِ، وإن دَخَل بها يَجِبُ المهرُ(٢) عندَ أكثرِ أصحابِه.

وهذا بِناءً على أن المهرَ عندَه حقُّها، فتَملِكُ النَّفيَ والإسقاطَ، كبَدَل الخُلعِ.

---

(١) في (هـ): تلف.

(٢) في (ز): مهر المثل.

وعندَنا: هو حقُّ الشَّرعِ ابتِداءً، وحقُّها بَقاءً، كما[1] مرّ، فتَملِكُ إبراءَه بعدَ الثُّبوتِ؛ لأنه صار حقَّها، ولا تَملِكُ نفيَه ابتِداءً؛ لأنه تصرُّفٌ في حقِّ الشَّرعِ.

وسُئِل ابنُ مَسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عمن تزوَّج امرأةً ولم يُسَمِّ لها مهرًا حتى مات عنها، فقال بعدَ شهرٍ: أجتهِدُ فيها رَأيي، فإن يكُ صَوابًا فمن الله، وإن يكُ خطَأً فمن ابن أُمِّ عبدٍ، أَرى لها مهرَ مِثلِ نِسائِها، لا وَكْسَ ولا شطَطَ، فقام أُناسٌ من أشجَعَ، منهم مَعقِلُ بنُ يَسارٍ، فقالُوا: نَشهَدُ أن رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضى في بَرْوَعَ بِنتِ واشِقٍ الأَشجعيّةِ بمِثلِ قَضائِك هذا[2].

ورُوِي أن عبدَ اللهِ ما فَرِح بعدَ إسلامِه مِثلَ فرَحِه بمُوافَقة رأيِه قَضاءَ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[3].

وبطَلاقٍ قبلَه: مُتعةٌ(ك)[4] لم تُزد على نِصفه، وهي: دِرعٌ، وخِمارٌ، ومِلحَفةٌ[5].

وإن طَلَّقها قبلَ أن يَدخُلَ بها: فلها الْمُتعةُ؛ لقَوله تَعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن

---

(١) في (أ) و(ز): لما.

(٢) رواه أبو داود (٢١١٤)، والترمذي (١١٤٥)، والنسائي (٣٣٥٤)، وابن ماجه (١٨٩١).

(٣) رواه الإمام محمد في «الحجة على أهل المدينة» ٣/ ٣٣٤، وروى الترمذي (١١٤٥): ففرح ابن مسعود.

(٤) المتاع في اللغة: كل ما ينتفع به، كالطعام والبزّ وأثاث البيت، وأصل المتاع ما يُتبلَّغُ به من الزاد، وهو اسمٌ من متَّعتُه بالتثقيل: إذا أعطيته ذلك، والجمع أمتعة، ومتعة الطلاق من ذلك، ومَتَّعت المطلقة بكذا: إذا أعطيتها إياه؛ لأنها تنتفع به وتتمتع به. «المصباح» ٢/ ٥٦٢.

متعة المرأة ومتعة الطلاق: ما تُمتع به المرأة بعد الطلاق، من نحو القميص والإزار والملحفة، من جهة مطلقها، سوى المهر، ولا تزيد على مهر المثل، ولا تنقص عن خمسة دراهم. «التعريفات الفقهية» ص١٩٣.

(٥) الملحفة بالكسر: هي المُلاءة التي تلتحف بها المرأة. «المصباح» ٢/ ٥٥٠.

﴿طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٦]، فقد أوجب الْمُتعةَ في نِكاحٍ ليس فيه فرضٌ، وقد وَقَع الطَّلاقُ.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَتنصَّفَ مهرُ الْمِثلِ، كالْمُسمّى.

قُلنا: التَّنصيفُ ثَبَت بالنَّصِّ[1] في الْمَفروض عندَ العقدِ، وهذا ليس بمَفروضٍ عندَه، ولا يَتقاسان؛ لأنه ثَبَت بخِلاف القِياسِ.

ولأن الْمُسمّى مَعلومٌ يُمكِنُ تَنصيفُه، ومهرُ الْمِثلِ مَجهولٌ لا يُمكِنُ تَنصيفُه.

وهذه الْمُتعةُ واجِبةٌ؛ لأنه أمرٌ، وقَرَنه بكَلِمة (على) الْمُقتضيةِ للإلزام والإيجابِ.

وعندَ مالِكٍ: مُستحبّةٌ؛ لأنه تَعالى قال: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٦]، والْمُحسِنُ اسمٌ للمُتطوِّع، والواجِبُ لا يَتقيَّدُ بالْمُحسِن.

قُلنا: قد فُسِّر الإحسانُ بالإيمان[2].

ولأن التَّقييدَ بالْمُحسِن لا يَنفي الوُجوبَ على غَيره، كما قال الله تَعالى: ﴿هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾ [البَقَرَة: ٢]، مع أنه هُدًى لهم ولغَيرهم.

والْمُتعةُ: ثَلاثةُ أثوابٍ من كِسوة مِثلِها، على قَدْر فقرِ الرَّجُلِ ويَسارِه.

وهي: دِرعٌ وخِمارٌ ومِلحَفةٌ؛ لأنها أقلُّ ما تَلبَسُه الْمَرأةُ عندَ الخُروجِ.

وهذا التَّقديرُ مَأثورٌ عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا[3].

---

(١) أي قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧].

(٢) قال أبو حيان في «البحر المحيط» ٢/ ٥٣٤: المراد إحسان الإيمان والإسلام، وقيل: المراد إحسان العشرة، فيكون الله سماهم محسنين قبل الفعل باعتبار ما يؤلون إليه من الإحسان، نحو: «من قتل قتيلًا فله سلبه».

(٣) روى البيهقي (١٤٤٠٥) عند قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ=

قالُوا: هذا في دِيارهم، فأما في دِيارنا: فيَنبَغي أن يَجِبَ أكثرُ من ذلك؛ لأن تَمتيعَها يَكونُ بثِياب بدَنِها عادةً، والنِّساءُ في دِيارنا تَلبَسُ أكثرَ من ثَلاثة أثوابٍ، فيُزادُ على ذلك إزارٌ ومِكعَبٌ.

وكان الكَرخيُّ يَقولُ: الْمُعتبَرُ في الْمُتعة الْمُستحَبّةِ حالُ الرَّجُلِ، وفي الْمُتعة الواجِبةِ يُعتبَرُ حالُها؛ لأنها خلَفٌ عن مَهر الْمِثلِ، وفي مَهر الْمِثلِ يُعتبَرُ حالُها، فكذا في خَلَفه.

والصَّحيحُ: أنه يُعتبَرُ حالُه؛ لقَوله تَعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٦]، أي على الغنيِّ بقَدْر مالِه، وعلى الْمُقِلِّ[١] بقَدْر مالِه[٢].

ثم لا تُزادُ على نِصف مهرِ مِثلِها، أي إن كانَت الْمُتعةُ أكثرَ من نِصف مهرِ الْمِثلِ يَجِبُ لها نِصفُ مهرِ الْمِثلِ؛ لأن الْمُسمّى أَقوى من مَهر الْمِثلِ؛ لوُجوبه بالعَقد والتَّسميةِ، ومهرُ الْمِثلِ يَجِبُ بالعَقد فحسبُ.

ولا يُزادُ على نِصف الْمُسمّى، أي إذا طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تَسميةٌ، فلأَن لا يُزادَ على نِصف مهرِ الْمِثلِ أَولى.

ولا يُنقَصُ عن خَمسة دَراهِمَ؛ لأن الْمُتعةَ وَجَبت عِوَضًا عن البُضع، وكلُّ العِوَضِ لا يَجوزُ أن يَكونَ أقلَّ من عشَرةٍ، فنِصفُ العِوَضِ لا يَجوزُ أيضًا أن يَكونَ أقلَّ من خَمسةٍ.

= أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]: عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا في هذه الآية قال: هو الرجل يتزوج المرأة ولم يسم لها صداقًا ثم طلقها من قبل أن ينكحها، فأمر الله تعالى أن يمتعها على قدر يسره وعسره، فإن كان موسرًا متعها بخادم أو نحو ذلك، وإن كان معسرًا فبثلاثة أثواب أو نحو ذلك.

(١) في (ب): المفلس.

(٢) في (ج) تحتمل: حاله.

ولا يُنصَّفُ ما فُرِض(س ف) بعدَ العقدِ، أو زِيد(و س)[1].

وإن تزوَّجها ولم يُسَمِّ لها مهرًا، ثم تَراضيا على تَسميةٍ: فهي لها إن دَخَل بها أو مات عنها، وإن طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها فلها الْمُتعةُ.

وعندَ أبي يوسفَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: نِصفُ هذا الْمَفروضِ؛ لإطلاق قولِه تَعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البَقَرَةِ: ٢٣٧].

ولنا: أن الفرضَ الْمُطلَقَ يَنصرِفُ إلى الْمُعتاد، وذا في العَقد، فكان مَعنى قولِه تَعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البَقَرَةِ: ٢٣٧].. أي سَمَّيتُم في العَقد.

وتَنصُّفُ الْمُسمّى في العَقد بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ ثَبَت بالنَّصّ، والْمَفروضُ بعدَ العقدِ ليس في مَعناه؛ لأنه وإن استَنَد حُكمُه[2] إلى وَقت العقدِ لم يَصِر مُسمًّى في العَقد.

ولأن[3] الفرضَ بعدَ العقدِ تَعيينٌ وتَقديرٌ لِمَهر الْمِثلِ، ومهرُ الْمِثلِ لا يَتنصَّفُ، فكذا ما قام مَقامَه؛ وهذا لأنه إذا دَخَل بها يَسقُطُ مهرُ الْمِثلِ، ويَلزَمُه الْمَفروضُ بعدَه.

ولولا أن هذا تَعيينٌ لِمَهر الْمِثلِ وتَقديرٌ له.. للَزِمه مهرُ الْمِثلِ مع الْمَفروضِ، كما لو سَمّى لها مهرًا ثم زاد شيئًا، فإنهما يَجِبان بتَقديرَي الموتِ والدُّخولِ، فثَبَت أنه تَعيينٌ لِمَهر الْمِثلِ وتَقديرٌ له.

وبالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ يَسقُطُ اعتِبارُ مهرِ الْمِثلِ، فكذا يَسقُطُ اعتِبارُ ما كان تَقديرًا وتَعيينًا له.

وإن زادها في الْمَهر بعدَ العقدِ لَزِمته الزِّيادةُ، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُٱللَّهُ، وسيَجيءُ في زِيادة

---

(١) أي لا تنصف الزيادة الطارئة على المسمى بعد العقد.

(٢) في (ب): كله.

(٣) في (هـ): لأن.

الثَّمَنِ والْمُثْمَنِ إن شاء اللهُ تَعالى.

ويَسقُطُ بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ.

وعلى قَول أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَتنصَّفُ الزِّيادةُ والأصلُ بالطَّلاق؛ لأن التَّنصيفَ عندَهما يَختَصُّ بالْمَفروض عندَ العقدِ.

وعندَه: الْمَفروضُ بعدَه كالْمَفروض في العَقد، فكانَت الزِّيادةُ مِثلَ الْمُسمّى في العَقد، فتَتنصَّفُ.

وصحَّ حطُّها.

وإن حَطَّت عنه من مَهرها صحَّ الحطُّ؛ لأن الحطَّ يُلاقِي حالةَ البَقاءِ، والمهرُ في حالة البَقاءِ حقُّها.

والخَلوةُ(ف)[1] بلا مَرَضٍ، وحيضٍ، وإحرامِ حجٍّ أو عُمرةٍ، وصومِ فرضٍ: كالوَطء، ولو مَجبوبًا(س م)[2]، وتَجِبُ العِدّةُ فيها.

وإذا خَلا الرَّجُلُ[3] بامرَأته وليس هناك مانِعٌ من الوَطء، ثم طَلَّقها: فلها كَمالُ مهرِها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها نِصفُ المهرِ؛ لأنه طَلاقٌ قبلَ المسِّ، فيَتنصَّفُ

(١) الخلوة الصحيحة: هي غلق الرجل الباب على منكوحته، بلا مانع وطء. «التعريفات» ص١٠١.
الخلوة الصحيحة: أن لا يوجد فيها المانع للوطء بالمنكوحة، أيَّ مانعٍ كان، حسيًا أو شرعيًا أو طبعيًا. الأول: كمرض أحدهما المانع عن الوطء، والثاني: مثل صوم رمضان دون صوم القضاء والنذر والكفارة والنفل، ومثل صلاة فرض دون نفل، والثالث: مثل استحاضة، والثالث مع الثاني مثل حيض ونفاس. «الدستور» ٢/ ٦٤.

(٢) المجبوب: هو مقطوع الذكر، وقيل: مع الخصيتين. «التعريفات الفقهية» ص١٩٤.

(٣) في (و): الزوج.

بالنَّص[١]، فمن قال بأن الخَلوةَ مُكمِّلةٌ للمَهر فقد علَّق التَّنصيفَ بعَدَم الخَلوةِ، وهو خِلافُ النَّصِّ؛ إذ النَّصُّ علَّقه بعَدَم المسِّ.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النِّساء: ٢١].

نَهى عن استِرداد شيءٍ من الصَّداق بعدَ الخَلوةِ؛ إذ الإفضاءُ عِبارةٌ عن الخَلوة، ومنه سُمِّي الْمَكانُ الخالِي فَضاءً.

والمسُّ ليس بوطءٍ حَقيقةً، وإنما حَمَله على الوَطء: لأنه سببُه، فأُطلِق اسمُ السَّبَبِ على الْمُسبَّب، وحَمَلناه على الخَلوة: لأنه لا يَمَسُّ امرأتَه عادةً إلا في الخَلوة، فكان إطلاقَ اسمِ الْمَلزومِ على اللّازِم، أو الْمُسبَّبِ على السَّبَب[٢]؛ إذ الخَلوةُ الصَّحيحةُ سبَبُ المسِّ ظاهِرًا.

وما ذَكَرنا أَولى؛ لتَأيُّده بالنَّصّ[٣]، أو بقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كَشَف خِمار امرَأتِه ثم طَلَّقها: وَجَب عليه المهرُ كامِلًا». رَواه الكَرخيُّ والجصّاصُ[٤].

---

(١) أي قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

(٢) في (ز): أو السبب على المسبب.

(٣) أي قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النِّساء: ٢١]

(٤) وذكره الكاساني في «البدائع» ٢/ ٢٩٢.

ورواه الدارقطني (٣٨٢٤) عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل بها».

وروى البيهقي (١٤٤٨٧) عن محمد بن ثوبان: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من كشف امرأة فنظر إلى عورتها فقد وجب الصداق». قال: وبلغنا ذلك عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وسعيد ابن المسيب والحسن البصري وعروة بن الزبير وأبي بكر بن حزم وربيعة بن أبي عبد الرحمن وأبي =

أو بالإجماع، فقد حَكى الطَّحاويُّ إجماعَ الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في هذه الْمَسألةِ[1].

وعن الخُلَفاء الرّاشِدين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: أن من أغلَق على امرَأته بابًا، أو أرخَى سِترًا، ثم طَلَّقها: وَجَب لها الصَّداقُ كامِلًا[2].

ولأنها سَلَّمت الْمُبدَلَ؛ حيث رَفَعت الْمَوانِعَ، وذلك قَدْرُ ما في وُسعها، فيَتأكَّدُ حقُّها في البَدَلِ؛ لأن البدَلَ في الْمُعاوَضات يَتقرَّرُ بتَسليم الْمُبدَلِ لا بحَقيقة استِيفاءِ الْمُبدَلِ.

ألا تَرى أن البائِعَ إذا خَلّى بينَ الْمُشتَري والْمَبيعِ، أو الْمُؤجِرَ إذا خَلّى بينَ الْمُستأجِرِ والْمُستأجَرِ: تَأكَّد البدَلُ[3]، وإن لم يَتحقَّق القبضُ.

=الزناد وزيد بن أسلم. ورواه ابن لهيعة عن أبي الأسود عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل». ولم يذكر مذهب هؤلاء، وهذا منقطع وبعض رواته غير محتج به. والله أعلم.

(١) قال الطحاوي في «مشكل الآثار» ٢/ ١١٢: فقد تواترت أقوال أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذلك، واتفقت على أن الإمكان الذي ذكرنا يكون به الذي مكن منه كالمماس للمرأة التي أمكنته من نفسها، ولا نعلم مخالفًا لهم سواهم من أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذلك...

(٢) روى الدارقطني (٣٨١٨) عن عمر قال: إذا أجيف الباب وأرخيت الستور فقد وجب المهر.

وروى عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: إذا أغلق بابًا وأرخى سترًا أو رأى عورةً فقد وجب عليه الصداق.

وروى الطحاوي في «مشكل الآثار» ٢/ ١٠٩ عن الأحنف بن قيس عن عمر وعلي قالا: إذا أغلق بابًا أو أرخى سترًا: فلها الصداق كاملًا، وعليها العدة.

ثم ساق آثارًا أخرى عنهما في ذلك، ثم روى ٢/ ١١١ فقال: وكما حدثنا ابن مرزوق حدثنا عثمان بن عمر أخبرنا عوف -يعني الأعرابي- قال: سمعت زرارة بن أوفى في مسجد البصرة يقول: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابًا أو أرخى سترًا فقد وجب المهر، ووجبت العدة.

ففي هذا زيادة على ما قبله مما رويناه عن عمر وعلي، وإدخال بقية الخلفاء الراشدين المهديين في القول بهذا القول أيضًا، وقد روي عن زيد بن ثابت ما يدل على أنه كان يذهب هذا المذهب أيضًا...

(٣) في (د): المبدل.

وهذا لأنه لو توقَّف تقرُّر البدَلُ على حَقيقة استيفاءِ الْمُبدَلِ -وربما يَمتنِعُ من عليه البدَلُ عن الاستيفاء- لتضرَّر مَن له البدَلُ، وهو مَدفوعٌ.

وإن كان أحَدُهما مَريضًا، أو صائِمًا في رَمَضانَ، أو مُحرِمًا بحجِّ فرضٍ أو نفلٍ، أو بعُمرةٍ، أو كانَت حائِضًا: فليست الخَلوةُ صَحيحةً، حتى يَجِبُ نِصفُ الصَّداقِ بالطَّلاق؛ لأن هذه الأشياءَ تَمنَعُ الوطءَ.

أما المرَضُ: فالْمُرادُ به: ما يَمنَعُ الجِماعَ أو يَلحَقُه به ضرَرٌ؛ لأن الضَّرَرَ مَدفوعٌ، فكان مانِعًا حُكمًا، كما في التَّيمُّم.

والصَّحيحُ: أن مرَضَه لا يَخلو عن تكسُّرٍ، فكان مانِعًا، سَواءٌ لَحِقه ضرَرٌ أوْ لا.

وهذا التَّفصيلُ في مَرَضها.

وأما صومُ رَمَضانَ: فلأنه يَلزَمُه القَضاءُ والكَفّارةُ.

وأما الإحرامُ: فلأنه يَلزَمُه الدَّمُ، وفَسادُ النُّسُكِ، والقَضاءُ، وفيه من التَّعَب[1] ما فيه، فالظّاهرُ أنه لا يَرتكِبُ ما يُفضي إليه.

وأما الحيضُ: فلأنه مانِعٌ طبعًا؛ إذ الطِّباعُ السَّليمةُ تَنفِرُ عن جِماع الحُيَّضِ، وهو مُؤيَّدٌ بالشَّرع، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ﴾ [البَقَرة: ٢٢٢].

وإن كان أحَدُهما صائِمًا تطوُّعًا..

قِيل: لا تَصِحُّ الخَلوةُ، كالفَرض، وقِيل: لها كلُّ المهرِ؛ لأنه يُباحُ الإفطارُ بلا عُذرٍ في رِوايةٍ؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الصّائمُ[2] الْمُتطوِّعُ أميرُ نفسِه»[3].

(١) في (ب): النصب.

(٢) غير مثبتة في (ب).

(٣) رواه الإمام أحمد (٢٦٣٩٨)، والترمذي (٧٣٢) وذكر أنه ورد (امير) و(أمين) على الشك،=

واختِير هذا القولُ في الْمَهر، فأما في جَواز الإفطارِ: فالْمَأخوذُ به الرِّوايةُ الأُخرى[1].

وصومُ القَضاءِ والْمَنذورِ كالتَّطوُّع في رِوايةٍ؛ إذ لا كَفّارةَ فيهما.

والصَّلاةُ كالصَّوم، فرضُها كفَرضه، ونفلُها كنَفله.

وإن كان معهما ثالِثٌ لا تَصِحُّ الخَلوةُ، ولو كان أَعمى، أو نائِمًا، أو أمتَه، إلا أن يَكونَ صَغيرًا لا يَعقِلُ.

والْمَكانُ الذي تَصِحُّ[2] فيه الخَلوةُ: أن يَأمَنا فيه اطِّلاعَ غيرِهما عليهما بلا إِذنهما، كالبَيت والدّارِ، بخِلاف الْمَسجِدِ والحمّامِ.

وإذا خَلا الْمَجبوبُ بامرَأته ثم طَلَّقها: فلها كلُّ المهرِ[3] عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: نِصفُ المهرِ؛ لوُجود المانعِ حَقيقةً، وهو أعجَزُ من الْمَريض؛ لأنه ربما يُجامِعُ، والْمَجبوبُ لا يَقدِرُ عليه أصلًا، فلما لم تَصِحَّ خَلوةُ الْمَريضِ.. فلَأَن لا تَصِحَّ خَلوةُ الْمَجبوبِ أَولى.

بخِلاف العِنِّينِ؛ لأن الوطءَ يُتصوَّرُ منه، ولا يُوقَفُ على حَقيقة العُنّةِ، فأُدِير الحُكمُ على سَلامة الآلةِ، وله آلةٌ ظاهِرةٌ، والأصلُ فيها السَّلامةُ.

ولأن الأصلَ أن يَتأكَّدَ المهرُ بالوَطء، وإنما أَقَمنا الخَلوةَ مُقامَه: لأنها سببُه، وما يَقومُ مَقامَ الغيرِ فإنما يَقومُ مَقامَه إذا كان ذلك الغيرُ مُتوهَّمًا، كالنِّكاح لَمّا قام مَقامَ الماءِ

=والحاكم (١٥٩٩)، والدارقطني (٢٢٢٤).

(١) قال في «العناية» ٣/ ٣٣٤: وقوله: (وهذا القول في المهر هو الصحيح) أي الأخذ برواية «المنتقى» في حق كمال المهر؛ دفعًا للضرر عنها، هو الصحيح، وأما في حق جواز الإفطار: فالصحيح غير رواية «المنتقى»، وهو أنه لا يباح الإفطار بغير عذر.

(٢) في (هـ): يصلح.

(٣) في (ب): كمال المهر.

في حقِّ ثُبوتِ النَّسَبِ، فإنما يَقومُ مَقامَه عندَ تَوهُّمِ وُجودِ الماءِ من الزَّوج، حتى لو كان صبيًّا لا يَقومُ مَقامَه[1].

ولا تَوهُّمَ[2] في حقِّ الْمَجبوبِ، فلا تَقومُ الخَلوةُ مَقامَه، وفي العِنِّين تَوهُّمٌ، فتَقومُ مَقامَه.

وله: أنها أتَت بالتَّسليم الْمُستحَقِّ عليها في حقِّ السَّحقِ، فيَتأكَّدُ مهرُها؛ لأن تَأكُّدَ المهرِ مُتعلِّقٌ بالتَّسليم الْمُستحَقِّ عليها بالعَقد لا بحَقيقة الوطءِ، كما في[3] الْمَبيع[4]: تَأكُّدُ حقِّ البائعِ في الثَّمَن مُتعلِّقٌ بالتَّسليم، لا بحَقيقة القبضِ الذي هو تَسلُّمٌ؛ لأن ذا ليس في وُسعه، فكذا هنا تَسلُّمُ الزَّوجِ[5] -وهو الوطءُ- ليس في وُسعها، وقد أتَت بأَقصى ما في وُسعها من تَسليمٍ يَتمكَّنُ الزَّوجُ به من التَّسلُّم[6].

وإليه أشارَ عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ما ذنبُهنَّ إذا جاء العجزُ من قِبَلكم[7]؟!

بخِلاف ما لو سَلَّمت وهو مُحرِمٌ أو مَريضٌ؛ لأنها لم تأتِ بالتَّسليم الْمُستحَقِّ عليها بالعَقد؛ لأن التَّسليمَ بأَقوى من ذلك مُمكِنٌ، بأن تُسلِّمَ بلا مانِعٍ.

ولا عِبرةَ بالتَّسليم القاصِرِ عندَ تَوهُّمِ الكامِلِ، وهنا التَّسليمُ الكامِلُ غيرُ مُتوهَّمٍ،

---

(١) في (ج): مقامه عنده.

(٢) في (ب): لا يقوم مقامه عند توهم.

(٣) في حاشية (ب): كما أن في. ط.

(٤) في (هـ) و(ز): البيع.

(٥) في (د): تسلم الزوج به.

(٦) في (د) و(هـ): التسليم.

(٧) رواه عبد الرزاق (١٠٨٧٣)، ونقله البيهقي عن الإمام الشافعي عن الفاروق رضي الله تعالى عنه (١٤٤٨٦).

فاكتُفِي بالقاصِر.

وتَجِبُ عليها العِدّةُ في جَميع هذه الْمَسائلِ، أي عندَ صِحّةِ الخَلوةِ وفَسادِها بالْمَوانِع الْمَذكورةِ احتِياطًا؛ لتَوهُّم الشُّغلِ مع تَحقُّق هذه الْمَوانعِ؛ نظَرًا إلى التَّمكُّن الحَقيقيِّ.

والعِدّةُ تَجِبُ حقًّا للشَّرع والولَدِ؛ لأنها تَجِبُ لصِيانة النَّسَبِ عن الاشتِباه.

ولو آذَنها[1] الزَّوجُ لا يَحِلُّ لها الخُروجُ، فيُحتاطُ فيها إذا وَقَع الشَّكُّ في الوُجوب، ولا تُصدَّقُ في إِبطال حقِّهما[2]، بخِلاف المهرِ؛ لأن المالَ لا يَجِبُ بالشَّكّ، فلا يَجِبُ إذا لم تَصِحَّ الخَلوةُ.

فإن قِيل: التَّوهُّمُ مَعدومٌ في فَصل الجَبِّ.

قُلنا: شُغلُ رَحِمِها بمائه مَوهومٌ بالسَّحق، ولهذا يَثبُتُ النَّسَبُ إذا جاءَت بالوَلَد على رِواية أبي سُليمانَ، فتوهُّمُ الشُّغلِ بالسَّحق يُوجِبُ العِدّةَ، وانتِفاؤُه لعَدَم الوطءِ حَقيقةً يَمنَعُ، فيَجِبُ احتِياطًا.

وقِيل: إن كان المانِعُ شرعيًّا، كالصَّوم والإحرامِ: تَجِبُ العِدّةُ؛ لتَمكُّنه من الوَطء حَقيقةً، وليس بمُتمكِّنٍ شرعًا، فدارَت بينَ الوُجوبِ وعدَمِه، فتَجِبُ احتِياطًا؛ لجَواز أن[3] لا يُبالِيَ بالمانِع الشَّرعيِّ.

وإن كان حَقيقيًّا، كالْمَرَض والصِّغَرِ: لا يَجِبُ؛ لعَدَم التَّمكُّنِ حَقيقةً.

ثم إن أصحابَنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أقامُوا الخَلوةَ مُقامَ الوطءِ في حقِّ بعضِ الأحكامِ، كتأكُّد الْمُسمّى ومهرِ الْمِثلِ، وثُبوتِ النَّسَبِ، ووُجوبِ العِدّةِ، ووُجوبِ النَّفَقةِ والسُّكنى في

(١) في (هـ): أذن لها.

(٢) في (هـ) و(ز): حقها.

(٣) في (د): أنها.

هذه العِدّةِ، وحُرمةِ نِكاحِ أُختِها وأربَعٍ سِواها ما بَقِيت العِدّةُ..

دونَ البعضِ، كالإِحصان، أي لا يَصيرُ مُحصَنًا بالخَلوة، وحُرمةِ البَناتِ، والإحلالِ للزَّوجِ الأوّلِ، والرَّجعةِ والإرثِ، حتى لو طَلَّقها ثم مات وهي في العِدّة: لا تَرِثُ.

والصَّحيحُ: أنه يَقعُ طَلاقٌ آخرُ في هذه العِدّةِ؛ لأن الأحكامَ لما اختلَفت في هذا البابِ وَجَب القولُ بالوُقوعِ احتِياطًا.

وتُستحَبُّ الْمُتعةُ(ف) للمُطلَّقة، إلا الْمُفوَّضةَ[1] قبلَ الوطءِ.

وتُستحَبُّ الْمُتعةُ لكلِّ مُطلَّقةٍ، يُريدُ به الْمُطلَّقةَ بعدَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تَسميةٌ أوْ لا، والْمُطلَّقةُ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تَسميةٌ.

إلا الْمُفوَّضةَ قبلَ الوطءِ، أي التي طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لم يُسمَّ فيه مهرٌ.

وذكَر في «الهِداية»: (وتُستحَبُّ الْمُتعةُ لكلِّ مُطلَّقةٍ إلا لِمُطلَّقةٍ واحِدةٍ، وهي التي طَلَّقها الزَّوجُ قبلَ الدُّخولِ وقد سَمّى لها مهرًا).

وفيما ذَكَره إشكالٌ في الاستِثناء وفي صَدر الكَلامِ.

أما في الاستِثناء: فلأنَّ حُكمَ الْمُستثنى لا بُدَّ أن يَكونَ مُخالِفًا للمُستثنى منه، ولم يُوجَد؛ إذ الاستِحباب ثابِتٌ في الْمُستثنى كما في الْمُستثنى منه، فقد ذَكَر في «الْمَبسوط»

---

(1) المفوضة: هي التي نكحت بلا ذكر مهر، أو على أن لا مهر لها. «التعريفات» ص٢٢٣.

فوض أمره إليه تفويضًا: سلم أمره إليه، وقيل: فَوَّضت أي أهملت حكم المهر، فهي مفوِّضة اسم فاعل، وقال بعضهم: مفوَّضة اسم مفعول؛ لأن الشرع فوض أمر المهر إليها في إثباته وإسقاطه. «المصباح» ٢/ ٤٨٣. التفويض: التسليم وترك المنازعة، ومنه المفوِّضة في حديث ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وهي التي فوضت بُضعها إلى زوجها، أي زَوَّجته نفسها بلا مهر، ومن روى بفتح الواو على معنى أن وليها زوجها بغير تسمية المهر ففيه نظر. «المغرب» ص٣٦٧.

و«الْمُحيطِ» و«الحصرِ» و«الْمُختلِفِ»: أن الْمُتعةَ تُستحَبُّ للَّتي طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ وقد سَمّى لها مهرًا.

وأما في الصَّدر: فلِأَنَّ الْمُتعةَ تَجِبُ للتي طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ ولم يُسمِّ لها مهرًا، كما مرَّ قبلَ هذا.

ويُجابُ عن الأوَّل: بأنه اتَّبع القُدُوريَّ، وهو قد ذَكَر في «شَرحه»: أن الْمُتعةَ لا تُستحَبُّ للَّتي طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ وقد سَمّى لها مهرًا.

ولأن من نَفى الاستِحبابَ أرادَ به الاستِحبابَ النّاشئَ من دَفع[1] وَحشةِ الفِراقِ، وهو مَعدومٌ في الْمُستثنى؛ لأن نِصفَ المهرِ يَجِبُ بطَريق الْمُتعةِ؛ إذ الطَّلاقُ فسخٌ في هذه الحالةِ، فقد حَصَل الاستِحبابُ النّاشئُ من دَفع[2] وَحشةِ الفِراقِ بنِصف المهرِ.

ومن أثبَته أرادَ به أنه إحسانٌ إلى من عَجَزت عن التَّكسُّب، وذا مَندوبٌ، فظَهَرت الْمُخالَفةُ بينَ الْمُستثنى والْمُستثنى منه من هذا الوجهِ.

وعن الثّاني: بأنه أَجرى لفظَ الاستِحبابِ على العُموم، وأرادَ به حَقيقتَه في البَعض، وهي التي طَلَّقها بعدَ الدُّخولِ، سَمّى لها مهرًا أوْ لا، والْمَجازَ -أي الوُجوبَ- في البَعض، وهي التي طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ ولم يُسَمِّ لها مهرًا؛ إذ في الوُجوب استِحبابٌ وزِيادةٌ.

وهذا واضِحٌ عندَ مَشايخِ العِراقِ؛ لتَجويزهم الجمعَ بينَ الحَقيقةِ والْمَجازِ عندَ اختِلافِ المحَلِّ.

أو يُقالُ: إنه أرادَ بقَوله: (لكلِّ مُطلَّقةٍ) غيرَ التي تَجِبُ لها الْمُتعةُ؛ لأنه بَيَّن حُكمَها

---

(١) في (هـ) و(ز): رفع.

(٢) في (هـ) و(ز): رفع.

سابِقًا، فدَلَّ سبقُ ذِكرِها على أنه أرادَ بهذا العُمومِ غيرَها؛ كيلا يَلزَمَ التَّكرارُ في البَعض أو التَّناقُض.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَجِبُ لكلِّ مُطلَّقةٍ، إلا للتي طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ وقد سَمّى لها مهرًا؛ لأن الْمُتعةَ صِلةٌ، وليست بعِوَضٍ، ولهذا تَختلِفُ بيَسار الزَّوجِ وإعسارِه، والأعواضُ لا تَختلِفُ بحال من عليه، إلا أن الزَّوجَ أوحَشها بالفِراق، فأوجَبْنا الْمُتعةَ صِلةً؛ دفعًا لوَحشة الفِراقِ.

إلا أن نِصفَ المهرِ في هذه الصُّورةِ طَريقُه[1] الْمُتعةُ؛ لأن الطَّلاقَ فسخٌ في هذه الحالةِ؛ لأن الْمَعقودَ عليه عاد إليها كما وَرَد عليه[2] العقدُ، والْمُتعةُ لا تَتكرَّرُ.

ولنا: أنه تَعالى أوجَب حالةَ الفرضِ في الطَّلاق قبلَ الدُّخولِ نِصفَ الْمَفروضِ، وحالَ عدَمِ الفرضِ ما أوجَب نِصفَ مهرِ الْمِثلِ، وإنما أوجَب الْمُتعةَ خلَفًا عنه؛ لأن تَنصيفَ مهرِ الْمِثلِ وهو مَجهولٌ لا يُمكِنُ.

والخلَفُ لا يُجامِعُ الأصلَ ولا شيئًا منه، فلا تَجِبُ الْمُتعةُ مع وُجوبِ المهرِ أو شيءٍ منه.

وهو مُطلَقٌ في هذا الإيحاشِ، فلا يَجِبُ الغُرمُ به، فكان فضلًا وإحسانًا.

ويَجِبُ[ف] مهرُ الْمِثلِ في الشِّغار[3]، ....

---

(١) في (ب): طريق، وفي (هـ): طريقة.

(٢) في سوى (أ) و(ج) و(ز): عليها.

(٣) الشغار بالكسر: نكاحٌ كان في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل للآخر: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي، على أن صداق كل واحدة منهما بُضعُ الأخرى، كأنهما رفعا المهر وأخليا البُضع، كذا في «الصحاح». «الأنيس» ص٥١.

وخِدمةِ(م ف) زوجٍ حُرٍّ للإمهار[1]، وتَعليمِ القُرآنِ(ف).

ويَجِبُ مهرُ الْمِثلِ في الشِّغار، وهو: أن يُزوِّجَ الرَّجُلُ بِنتَه أو أُختَه من آخرَ على أن يُزوِّجَه الآخرُ بِنتَه أو أُختَه، على أن يَكونَ بُضعُ كلِّ واحِدةٍ صَداقًا للأُخرى، فالعَقدان جائِزان.

ويُسمّى نِكاحَ الشِّغارِ: لخُلُوِّه عن الْمَهر، يُقالُ: بَلدةٌ شاغِرةٌ: أي خالِيةٌ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يبطُلُ العَقدان.

وأجمَعوا أنه لو قال: (زَوَّجتُك ابنتِي على أن تُزوِّجَني ابنتَك)، ولم يَقُل: (على أن يَكونَ بُضعُ كلِّ واحِدةٍ صَداقًا للأُخرى): جاز النِّكاحُ، ولا يَكونُ شِغارًا.

له: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا جلَبَ، ولا جَنبَ، ولا شِغارَ في الإِسلام»[2].

فقد نَفى الشِّغارَ، فيكونُ مَنسوخًا، ولئن[3] أُرِيد به النَّهيُ كما في قَوله تَعالى: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البَقَرَة: ١٩٧]، فهو يَقتَضي بُطلانَ الْمَنهيِّ عنه عندَه.

ولأنه شَرَطَ الاشتِراكِ في بُضع كلِّ واحِدةٍ منهما؛ حيث جَعَل النِّصفَ منه صَداقًا، والنِّصفَ مَنكوحةً، فيَصيرُ النِّصفُ للزَّوج بحُكم النِّكاحِ، والنِّصفُ لبِنته بحُكم المهرِ، ومِلكُ النِّكاحِ لا يَحتمِلُ الاشتِراكَ، كما لو زَوَّجت الْمَرأةُ نفسَها من رَجُلَين.

---

(١) أي جعلها مهرًا.

(٢) رواه الإمام أحمد (٥٦٥٤)، والترمذي (١١٢٣)، والنسائي (٣٣٣٥)، ورواه دون ذكر الشغار: أبو داود (١٦٩١) وقال: عن محمد بن إسحاق في قوله: «لا جلب ولا جنب» قال: أن تصدق الماشية في مواضعها، ولا تجلب إلى المصدق، والجنب عن هذه الفريضة أيضًا: لا يجنب أصحابها، يقول: ولا يكون الرجل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة فتجنب إليه، ولكن تؤخذ في موضعه.

(٣) في (ب) و(ج): وإن.

ولنا: أن النِّكاحَ وُجِد بحَقيقته؛ لصُدور رُكنِه مُضافًا إلى محَلٍّ قابِلٍ لحُكمه، غيرَ أنه سَمّى بمُقابلة بُضعِ كلِّ واحِدةٍ ما لا يَصلُحُ صَداقًا، وهو البُضعُ؛ لأنه ليس بمالٍ، وتَسميةُ ما لا يَصلُحُ صَداقًا لا يُفسِدُ النِّكاحَ، كالخَمر والخِنزيرِ.

ولَمّا لم يكن في البُضع صلاحِيَةُ كونِه صَداقًا: لم يَتحقَّق الاشتِراكُ، فبَقِي شرطًا فاسِدًا، والنِّكاحُ لا يَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ.

بخِلاف ما لو زَوَّجت نفسَها من رَجُلَين؛ لأنها تَصلُحُ[1] مَنكوحةً لكلِّ واحِدٍ منهما، فتَحقَّق الاشتِراكُ.

والنَّهيُ لا يُوجِبُ بُطلانَ النِّكاحِ؛ لأنه لِمَعنًى في غَير الْمَنهيِّ عنه، وهو إخلاءُ العقدِ عن الْمَهر؛ لإفضائه إلى النِّزاع في المال[2]، والمهرُ ليس من نَفس العقدِ.

والنَّهيُ عن العَقد الشَّرعيِّ لِمَعنًى في غَيره لا يُوجِبُ الفَسادَ، كالبَيع وقتَ النِّداءِ[3].

ولأن النَّهيَ وَرَد باعتِبار ما جَعَلاه مهرًا، ونحن أبطَلناه وما جَعَلناه مهرًا، وما وَرَد لِمَعنًى في النِّكاح، فصَحَّحناه.

وإن تَزوَّج حُرٌّ امرَأةً على خِدمته سنةً، أو على تَعليم القُرآنِ: فلها مهرُ مِثلِها.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها قِيمةُ خِدمتِه.

وإن تَزوَّج عبدٌ بإذن سيِّدِه على خِدمته سنةً: صحّ، ولها خِدمتُه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها تَعليمُ القُرآنِ والخِدمةُ في الوَجهَين؛ لأن كلَّ ما

(١) في (هـ): لا تصلح.

(٢) في (ب): المآل.

(٣) في قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩].

يَجوزُ أخذُ العِوَضِ عنه بالشَّرط يَصلُحُ[1] أن يَكونَ مهرًا عندَه؛ لأن الْمَقصودَ تَحقيقُ الْمُعاوَضةِ، وبذا تَتحقَّقُ الْمُعاوَضةُ.

وتَعليمُ القُرآنِ يَصلُحُ أن يَكونَ صَداقًا؛ لقَوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «زَوَّجتُكها بما معك من القُرآن»[2].

ولأن خِدمةَ الحُرِّ مالٌ عندَ العقدِ، حتى لو تَزوَّج على خِدمة حُرٍّ آخرَ بِرِضاه، أو على رَعي الزَّوجِ غنَمَها، أو زِراعةِ أرضِها هذه سنةً: صحّ.

ولنا: أن الْمَشروعَ الابتِغاءُ بالمال الْمُتقوِّمِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النِّسَاء: ٢٤]، فإنما أضافَ إلينا بواسِطة الإحرازِ.

وتَعليمُ القُرآنِ ليس بمالٍ، فضلًا عن أن يَكونَ مُتقوِّمًا، والْمَنافِعُ ليست بمُتقوِّمةٍ؛ لأن التَّقوُّمَ لا يَكونُ بدُون الإحرازِ، والْمَنافِعُ أعراضٌ لا تَبقى، فلا يُتصوَّرُ إحرازُها.

وإنما صارَت مُتقوِّمةً عندَ إيرادِ العقدِ عليها: لظُهور الفائدةِ، ولا فائدةَ هنا.

وخِدمةُ العبدِ ابتِغاءٌ بالمال؛ لتَضمُّنها تَسليمَ المالِ إليها؛ فإن رَقَبةَ العبدِ مالٌ.

ولأن الْمُسمّى[3] لا يَصلُحُ مُستحَقًّا بحالٍ بالنِّكاح، فلا يُسلَّمُ لها عَينُه، كالخَمر والخِنزيرِ.

وهذا لأنه حَرامٌ على الزَّوج خِدمةُ الْمَرأةِ؛ لأنه مالِكُها، وهي مَملوكتُه، وهو قوّامٌ

---

(١) في (ز): يصح.

(٢) الحديث في البخاري (٥٠٢٩)، ومسلم (١٤٢٥)، وأبي داود (٢١١١)، والترمذي (١١١٤)، والنسائي (٣٢٨٠)، وابن ماجه (١٨٨٩). وورد ثمة بألفاظ التمليك والتزويج والإنكاح، وجميعها ورد في البخاري، والأولان فقط وردا في مسلم.

(٣) في (هـ): ولأن الأصل أن المسمى.

عليها بالنَّص[1].

والمُرادُ بالقَوامِيّة: المالِكيّةُ، وكونُه مُستخدِمًا لها، فإنه يَجِبُ عليها خِدمتُه، حتى لو استأجَرها للخِدمة لا يَصِحُّ.

فلو جاز إمهارُ الخِدمةِ لصارَت مالِكةً مُستخدِمةً، ولصار مَملوكًا مُستخدَمًا، فعاد على مَوضوعه بالنَّقض.

فأما لو تَزوَّجها على خِدمة حُرٍّ آخرَ.. فقد قِيل: لا تَستحِقُّ الخِدمةَ.

والصَّحيحُ: أنها تَستحِقُّ؛ لأنه ليس فيه هذه المُناقَضةُ، فيَجِبُ لها خِدمتُه، وتَرجِعُ على الزَّوج بقِيمة خِدمتِه.

ولو تَزوَّجها على رَعي الغنَمِ أو الزِّراعةِ: لم يَجُز على رِواية «الأصلِ».

والصَّوابُ أن يَسْلَمَ لها إجماعًا؛ استِدلالًا بقِصّة مُوسى وشُعَيبٍ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ[2].

وشَريعةُ من قبلَنا تَلزَمُنا إذا قصَّ[3] اللهُ تَعالى أو رَسولُه بلا إنكارٍ.

ولأنه لا مُناقَضةَ فيه؛ لأنه من باب القِيامِ بأُمور الزَّوجاتِ، ولا بأسَ به، وإنما الحَرامُ الخِدمةُ؛ لما فيه من الهَوان والذُّلِّ.

وبخِلاف خِدمةِ العبدِ؛ لأنه يَخدُمُ لِمَولاه[4] معنًى لَمّا خَدَمها بإذنه.

---

(١) في قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤].

(٢) في قوله تعالى عنهما: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ وَمَآ أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [القصص: ٢٧].

(٣) في (هـ): قضى، وفي (ز): قصه.

(٤) في (ب) و(هـ): مولاه.

ولأنه كالأَموال، يُباعُ في الأَسواق، ويُعرضُ عرضَ الدَّوابِّ، وقد سُلِبت عنه عامّةُ الكَراماتِ.

وإنما تَحرُمُ الخِدمةُ للحُرّ لشَرَف الحُرِّيّةِ والزَّوجيّةِ، ولم يُوجَدا هنا.

وجهُ قولِ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الْمُسمّى مالٌ صالِحٌ لِأَن يَكونَ مهرًا؛ لأن الْمَنفَعةَ تَصيرُ مُتقوِّمةً بِإيراد العقدِ عليها، إلا أنه امتنَع تَسليمُها لِمَعنى الْمُناقَضةِ، فتَلزَمهُ قِيمةُ الْمُسمّى، كما لو تَزوَّجها على عَبد الغيرِ.

ولهما: أن هذا الْمُسمّى لا يَصِحُّ[1] استِحقاقُه بحالٍ، فبَطَلت تَسميتُه، ووَجَب الْمَصيرُ إلى مَهر الْمِثلِ، كما لو سَمّى خمرًا.

وهذا لأن الْمَنافِعَ ليست بِمُتقوِّمةٍ حَقيقةً؛ لعَدَم الإحرازِ، وتَقوُّمُها في العُقود لضَرورة حُكمٍ شَرعيٍّ، فإذا منَعنا الشَّرعُ من تَسليم هذه الْمَنفَعةِ لم يَثبُت تَقوُّمُها، وبَقِيت على أَصلها.

وقِيمةُ الشَّيءِ خَلَفٌ عنه، وشرطُ الخلَفِ تَصوُّرُ الأصلِ، والْمُسمّى لا يَصلُحُ مُستحَقًّا بحالٍ، فلا يَقومُ الخلَفُ مَقامَه.

قَبَضت ألفَ المهرِ، ووَهَبت له، فطُلِّقت قبلَ الوطءِ: رَجَع بالنِّصف، فإن لم تَقبِض، ووَهَبت، أو قَبَضت النِّصفَ(س م)، ووَهَبت ما بَقِي، أو كلَّه، أو وَهَبت العَرَضَ[2] قبلَه، أو بعدَه: لا(ز).

تَزوَّج امرَأةً على ألفٍ، فقبضَتْها ووهبَتْها له، ثم طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها: رَجَع عليها بخَمسِمائةٍ؛ لأنه لم يَصِل إلى الزَّوج عَينُ ما استَوجَبه بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ؛ لأنه

(١) في (ب) و(ج): لا يصلح.

(٢) مفرد العروض، وقد تقدم.

يَستحِقُّ به نِصفَ المهرِ، والْمَقبوضُ ليس بمهرٍ، بل هو عِوَضٌ عنه.

وهذا لأن المهرَ دَينٌ في الذِّمّة، والْمَقبوضُ عَينٌ، فكان مِثلَه لا عَينَه، ولهذا لا يَلزَمُها ردُّ عَينِ ما قَبضت بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ، فصارَت هِبةُ الْمَقبوضِ كهِبة مالٍ آخرَ.

وحقُّ الزَّوجِ في سَلامة نِصفِ الصَّداقِ، ولم[1] يَسلَم، فله أن يَرجِعَ.

وكذا لو كان المهرُ مَكيلًا أو مَوزونًا آخرَ في الذِّمّة؛ لما بيَّنّا.

وإن وَهَبت قبلَ أن يَقبِضَ شيئًا، ثم طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ: لم يَرجِع عليها بشيءٍ عندَنا.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرجعُ بالنِّصف؛ لأنه إنما سَلِم المهرُ له بالإبراء، فلا يُوجِبُ البَراءةَ عما يَستحِقُّه بالطَّلاق، كما لو سَلِم له بعِوَضٍ.

ولنا: أنه سَلِم له عَينُ ما يَستحِقُّه بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ، فلا يَستوجِبُ عليها شيئًا آخرَ.

وهذا لأن الْمُستحَقَّ له سَلامةُ نِصفِ الصَّداقِ من جِهَتها بلا عِوَضٍ، وقد حَصَلت.

نعم! حَصَلت له هذه السَّلامةُ بسبَبٍ آخرَ غيرِ الطَّلاقِ، ولكن لا[2] يُبالى باختِلاف الأسبابِ عندَ سَلامةِ الْمَقصودِ؛ لأن الأسبابَ غيرُ مَطلوبةٍ لذَواتها، بل لأحكامها.

ولا يُقالُ: إن اختِلافَ الأسبابِ يَنزِلُ مَنزِلةَ اختِلافِ الأعيانِ، كما في قِصّة بَريرةَ، حيث قال النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هي لكِ صَدقةٌ، ولنا هَديّةٌ»[3]:

لأن ذا بالنَّظَر إلى غَير الْمُتعاقِدَين، كما في قِصّة بَريرةَ، أما بالنَّظَر إليهما: فلا يَنزِلُ مَنزِلةَ اختِلافِ الأعيانِ.

---

(١) في (ب): فلم.

(٢) سقطت من (د).

(٣) رواه البخاري (١٤٩٣)، ومسلم (١٠٧٤). بلفظ: «لها» و«عليها» بدل «لك».

ولا يَلزَمُ على هذا ما إذا اشتَرى عبدًا بألفٍ، فحطَّ البائعُ عُشرَ الثَّمنِ، ثم وَجَد به عَيبًا يُنقِصُ عُشرَ الثَّمنِ، فإنه يَرجِعُ بنُقصان العَيبِ، وإن حَصَل هذا بالحطّ؛ لأن مُوجَبَ الرَّدِّ بالعَيب سُقوطُ بعضِ الثَّمنِ، وهذا لا يَحصُلُ بالحطّ؛ لأن العُشرَ خَرَج من كَونه ثمنًا؛ لالتِحاقه بأَصل العقدِ، فكان العقدُ واقِعًا على ما وراءَه.

ولو قَبَضت خَمسَمائةٍ، ثم وَهَبت الألفَ كلَّه -الْمَقبوضَ وغيرَه-، أو وَهَبت الباقيَ، ثم طَلَّقها قبلَ أن يَدخُلَ بها: لم يَرجِع عليها بشيءٍ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ.

وقالا: يَرجِعُ[1] بنِصف ما قَبَضت؛ قِياسًا للبَعض على الكلّ، فإنها لو لم تَقبِض شيئًا حتى وَهَبت الكلَّ لا يَرجِعُ عليها بشيءٍ.

ولو قَبَضت الكلَّ، ووَهَبت الكلَّ منه: رَجَع عليها بنِصف الألفِ.

فإذا قَبَضت النِّصفَ رَجَع عليها بنِصف ما قَبَضت.

ولأن هِبةَ نِصفِ الصَّداقِ قبلَ القبضِ حطٌّ، والحطُّ يَلتحِقُ بأَصل العقدِ، فصار كأنه تَزوَّجها على خَمسمائةٍ وقبضَتْها، وثَمَّ يَجِبُ عليها ردُّ النِّصفِ.

وله: أنه وَصَل إليه عَينُ ما يَستحِقُّه بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ، وهو سَلامةُ نِصفِ الصَّداقِ بلا عِوَضٍ، فلا يَستحِقُّ عليها شيئًا آخرَ.

والحطُّ لا يَلتحِقُ بأَصل العقدِ في النِّكاح، كما لا تَلتحِقُ الزِّيادةُ، حتى لا يَتنصَّفُ.

الا تَرى أن من تَزوَّج امرأةً على عِشرين دِرهَمًا، فوَهَبت له خَمسةَ عشَرَ منه: لا تَجِبُ العشَرةُ.

ولو التَحَق الحطُّ بأَصل العقدِ لصار كأنه تَزوَّجها على خَمسةٍ، ولو تَزوَّجها على

---

(١) في (هـ): وقال: لا ترجع.

خَمسةٍ تَجِبُ عشَرةٌ.

وهذا لأن النِّكاحَ ليس بعَقد مُعايَنةٍ[1] ومُبادَلةِ مالٍ بمالٍ، فلم يَجِب[2] فيه إسنادُ الإبراءِ والحطِّ إلى أَصل العقدِ، مع إمكانِ التَّحقيقِ في الحال.

ولو قَبَضت أكثرَ من النِّصف، بأن قَبَضت سِتَّمائةٍ ووَهَبت له الباقيَ، ثم طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ.. فعندَه: يَرجِعُ عليها بمِائةٍ، وعندَهما: بثَلاثمائةٍ.

ولو قَبَضت أقلَّ من النِّصف مِائتَين مثَلًا لا يَرجِعُ بشيءٍ عليها عندَه، وعندَهما: يَرجِعُ عليها بمِائةٍ.

ولو تَزوَّجها على ما يَتعيَّنُ بالتَّعيين كالعَرْض، فوَهَبت له نِصفَه أو كلَّه، قبضَتْه أو لم تَقبِض، ثم طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ: لم يَرجِع عليها بشيءٍ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرجِعُ عليها بنِصف قِيمتِه؛ لأنه وَجَب عليها بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ ردُّ نِصفِ الْمَقبوضِ، وقد عَجَزت عنه باستِهلاكها الصَّداقَ بعدَ قبضِها، فترُدُّ نِصفَ قِيمتِه.

ولنا: أن حقَّه سَلامةُ نِصفِ الْمَقبوضِ بلا عِوَضٍ من جِهَتها بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ، وقد وَصَل إليه؛ لأنه مما يَتعيَّنُ، فكان الْمَوهوبُ عَينَ المهرِ، فسَلِم له مَقصودُه بكلِّ حالٍ، فلا يَرجِعُ بشيءٍ، كمن عليه الدَّينُ الْمُؤجَّلُ إذا عَجَّله لا يَجِبُ عليه عندَ الحُلولِ شيءٌ.

بخِلاف الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ؛ لأنهما لا يَتعيَّنان في العُقود والفُسوخِ.

وبخِلاف ما إذا باعَت من زَوجها؛ لأنه وَصَل إليه بعِوَضٍ، والسَّلامةُ بعِوَضٍ كلا سَلامةَ.

---

(١) في (ج) و(هـ): معاوضة، وفي (و): مقابلة.

(٢) في (د): فلم يجز.

ولو تَزَوَّجها على حَيَوانٍ أو عَرْضٍ في الذِّمّة.. فكذا الجَوابُ؛ لأن الْمَقبوضَ مُتعيِّنٌ في الرَّدّ؛ إذ الأصلُ في العَرْض والحَيَوانِ العَينيّةُ، وثُبوتُه في الذِّمّة على خِلاف الأصلِ للضَّرورة؛ لما فيه من الجَهالة، ولكنها تُحُمِّلت في النِّكاح: لأنه يُسامَحُ فيه عادةً، فإذا تَعيَّن بالقَبض صار كأنه هو الذي وَرَد عليه العقدُ، فيَتعيَّنُ بالرَّدّ.

ولا كذلك الْمَكيلُ أو الْمَوزونُ؛ لأنه يَثبُتُ في الذِّمّة ثُبوتًا أصليًّا إذا صار مَوصوفًا، كالدَّراهِم والدَّنانيرِ، فكان مُلحَقًا بهما، والحُكمُ فيهما أن لا يَتعيَّنَ الْمَقبوضُ بالرَّدّ.

نَكَحها بألفٍ على أن لا يُخرِجَها، أو لا يَتزوَّجَ عليها.

تَزَوَّجها على ألفٍ على أن لا يُخرِجَها من البَلَد، أو على أن لا يَتزوَّجَ عليها أُخرى.. فإن وَفَى بالشَّرط: فلها الْمُسمّى؛ لأنه صَلَح مهرًا، وقد رضِيَت به.

وإن تَزَوَّج عليها أُخرى، أو أخرَجها: فلها مهرُ مِثلِها؛ لأنها ما رَضِيت بالحطِّ عن مَهر مِثلِها إلا بذلك الشَّرطِ الْمُفيدِ[1] في حقِّها، وقد فات الشَّرطُ، ففات رِضاها بالألف، فيُكمَّلُ مهرُ مِثلِها.

كما لو تَزَوَّج امرَأةً على أَلف دِرهَمٍ وكَرامتِها، أو على أَلف دِرهَمٍ وعلى أن يُهديَ لها هدِيّةً.. فإن وفَى: فلها ألفُ دِرهَمٍ، وإن لم يَفِ: يَجِبُ لها مهرُ مِثلِها إن كان مهرُ مِثلِها أكثرَ مما سَمّى.

أو على ألفٍ إن أقام بها، وألفين إن أخرجها.. فإن وَفَى وأقام: لها الألفُ، وإلا مهرُ المِثلِ(س م).

ولو تَزوَّجها على ألفٍ إن أقامَ بها، وعلى[2] ألفين إن أخرَجها.. فإن وفَى بالشَّرط

(١) في (ب) و(ز): المقيد.

(٢) في (هـ): أو على.

الأوَّلِ: فلها الألفُ، وإن لم يَفِ به: فلها مهرُ مِثلِها، لا يُزادُ على ألفَين؛ لأنها رَضِيَت بالألفَين، ولا يُنقَصُ عن الألف؛ لأنه رَضِي به.

وقالا: الشَّرطان جائِزان، فيَكونُ لها الألفُ إن وفَى به، وإن لم يَفِ فلها الألفان.

وقال زفرُ: الشَّرطان فاسِدان، فيَجِبُ مهرُ الْمِثلِ، لا يُزادُ على ألفَين، ولا يُنقَصُ عن ألفٍ.

وتَقريرُ الْمَسألةِ وتَحقيقُها في الإجارات.

كالخُلْف(ز) في شَرط طَلاقِ تلك.

ولو تَزوَّجها على أَلفِ دِرهَمٍ وعلى[1] أن يُطلِّقَ فُلانةَ، فأبَى أن يُطلِّقَ فُلانةَ: فلها كَمالُ مهرِ مِثلِها؛ لأنها إنما رَضِيَت بالألف باعتِبار مَنفَعةِ طَلاقِ الضَّرّةِ، فإذا لم تَسلَم لها فيُكمَّلُ مهرُ مِثلِها.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: ليس لها إلا الألفُ؛ لأن طَلاقَ امرَأةٍ أُخرى لا يَصلُحُ مهرًا، فاستَوى ذِكرُه وعدَمُ ذِكرِه.

نكَحها على هذا العبدِ أو هذا العبدِ، أو ألفٍ أو ألفَين، أو ألفٍ حالّةٍ[2] أو ألفٍ إلى سَنةٍ: حُكِّم مهرُ الْمِثلِ(س م)، وإن كان الْمُؤجَّلُ ألفَينِ ومهرُ مِثلِها كالأكثَر: فالخِيارُ لها(س م)، وله لو كالأقلّ، ومهرُ الْمِثلِ لو بينَهما.

تَزوَّجها على هذا العبدِ أو على هذا العبدِ، أو على ألفٍ أو ألفَين.. عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُحكَّمُ مهرُ الْمِثلِ.

---

(١) في (و): على.

(٢) الحالّ: عكس الدين. وحل الدَّين يحِل بالكسر حلولاً: انتهى أجله، فهو حالٌّ. «المصباح» ١/ ١٤٧.

فإن كان مِثلَ الأوكَسِ أو دونَه: فلها الأوكَسُ، إلا أن يَرضى الزَّوجُ بتَسليم الأرفَعِ، وإن كان مِثلَ الأرفَعِ أو فوقَه: فلها الأرفعُ، إلا أن تَرضى الْمَرأةُ بالأوكَس، وإن كان بينَهما: فلها مهرُ مِثلِها.

وقالا: لها الأوكَسُ في ذلك كلِّه.

وهذه الْمَسألةُ[1] بِناءً على أن الْمُوجَبَ الأصليَّ في النِّكاح مهرُ الْمِثلِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أعدَلُ، وإنما يُعدَلُ عنه إلى الْمُسمّى عندَ صِحّةِ التَّسميةِ من كلِّ وجهٍ، ولم تَصِحَّ؛ لأنه لا يُمكِنُ إيجابِ أحَدِهما عَينًا؛ لأنه ذَكَر بكَلِمة (أو)، ولا إلى[2] إِيجاب غيرِ العَينِ؛ لأنه لا يُمكِنُ تَسليمُه، فصِرنا إلى مَهر الْمِثلِ.

لكن لا يُنقَصُ عن الأقلّ؛ لِرضاه به، ولا يُزادُ على الأرفَع؛ لِرضاها به.

وعندَهما: الْمُوجَبُ الأصليُّ هو التَّسميةُ، وإنما يُصارُ إلى مَهر الْمِثلِ إذا تَعذَّر الْمَصيرُ إلى الْمُسمّى من كلِّ وجهٍ، ولم يَتعذَّر هنا؛ لأنه أمكَن إيجابُ الأقلِّ، وهو واجِبٌ بيقينٍ، فلا يُصارُ إلى مَهر الْمِثلِ.

وصار كالخُلع على ألفٍ أو ألفَين، أو الإعتاقِ على ألفٍ أو ألفَين، فإنه يَجِبُ الأقلُّ ثَمَّ، إلا أنه يَقولُ: ليس للخُلع مُوجَبٌ أصليٌّ يُصارُ إليه، فيَجِبُ الْمُتيقَّنُ من الْمُسمّى.

أما النِّكاحُ: فله مُوجَبٌ أصليٌّ، وهو مهرُ الْمِثلِ، فلا يُعدَلُ عنه إلا بعدَ استِقرارِ التَّسميةِ.

وإنما يَجِبُ نِصفُ الأوكَسِ بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ: لأن الواجِبَ في مِثله الْمُتعةُ، ونِصفُ الأوكَسِ يَزيدُ عليها عادةً، فوَجَب؛ لاعتِرافه بالزِّيادة، حتى لو زادَت مُتعةُ مِثلِها

(١) في (ج): المسائل.

(٢) سقطت من (أ) و(د) و(ز).

على خَمسِمائةٍ كان لها ذلك.

وعلى هذا إذا تَزوَّجها على ألفٍ حالّةٍ، أو ألفٍ إلى سنةٍ: فعندَ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: يُحكَّمُ مهرُ الْمِثلِ.

فإن كان مهرُ مِثلِها ألفًا أو أكثرَ: فلها ألفٌ حالّةٌ، وإن كان أقلَّ من ألفٍ: لها ألفٌ إلى سنةٍ.

وعندَهما: ألفٌ إلى سنةٍ بكلِّ حالٍ.

وهذا لأن للأجَل تأثيرًا في نُقصان الماليّةِ، فالتُّجّارُ يَشتَرون بالنَّقد أقلَّ مما يَشتَرون بالنَّسيئة، ولما كان كذلك كان التَّزوُّجُ على ألفٍ حالّةٍ أو ألفٍ نَسيئةٍ: كالتَّزوُّج على ألفٍ أو ألفَين، وثَمَّ الجَوابُ على الاختِلاف، كذا هنا.

ولو تَزوَّجها على ألفٍ حالّةٍ، أو على ألفَين إلى سنةٍ: فعندَ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: إن كان مهرُ مِثلِها ألفَي دِرهَمٍ أو أكثرَ: فلها الخِيارُ، إن شاءَت أخَذت ألفَي دِرهَمٍ إلى سنةٍ، وإن شاءَت أخَذت ألفًا حالّةً؛ لأنها رَضِيَت بالنُّقصان عن مَهرها بكلِّ حالٍ.

ثم الألفُ أزيَدُ وصفًا وأنقصُ قدرًا، والألفان أزيَدُ قدرًا وأنقصُ وصفًا؛ إذ الْمُؤجَّلُ أنقصُ من الحالّ، وأحوالُ النّاسِ فيه تَختلِفُ، وفي كلِّ واحِدٍ نفعٌ، فخُيِّرت.

ولما كانَت هي الْمُتبرِّعةَ بكلِّ حالٍ، إما بالوَصف أو بالقَدْر: كان الخِيارُ لها لا له.

وإن كان مهرُ مِثلِها أقلَّ من ألفٍ فالخِيارُ له، يُعطِيها أيَّ المالَين شاء؛ لأنه التَزَم إحدى الزِّيادتَين، فكان له الخِيارُ.

وإن كان مهرُ مِثلِها أكثرَ من ألفٍ، وأقلَّ من ألفَين: فلها مهرُ مِثلِها عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

وعندَهما: الخِيارُ إلى الزَّوج في الوُجوه كلِّها؛ لأنه لا يَلزَمُه إلا الأقلُّ، والأقلُّ فيما يَختارُه الزَّوجُ.

نكَحها على فَرَسٍ، أو خادِمٍ، أو ثوبٍ مَوصوفٍ: يَجِبُ الوسَطُ، أو قِيمتُه غَلاءً(ح) ورُخْصًا(ح)، وتُجبَرُ على قَبولها.

تَزوَّجها على فرَسٍ أو خادِمٍ: يَجِبُ الوسَطُ أو قِيمتُه.

والأصلُ: أن جَهالةَ جِنسِ الْمُسمّى تَمنَعُ صِحّةَ التَّسميةِ؛ لتَفاحُش الجَهالةِ، فتُفضِي إلى الْمُنازَعة، وإذا لم تَصِحَّ التَّسميةُ يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ، كمن تَزوَّج امرَأةً على ثوبٍ أو دابّةٍ، فإن التَّسميةَ لا تَصِحُّ، ويَجِبُ لها مهرُ مِثلِها بالِغًا ما بَلَغ.

لأن الْمُسمّى مَجهولُ الجِنسِ؛ إذ الثِّيابُ أجناسٌ مُختلِفةٌ؛ لاختِلاف أُصولِها من القُطن والكتّانِ والإبريسَمِ والخزِّ، وكذا الدّابّةُ؛ لأنها تَقعُ على الخَيل والبغلِ والحِمارِ[1] وغيرِها، فإنها أجناسٌ شَتّى، تَشتمِلُ كلٌّ على أنواعٍ، وكلُّ نوعٍ يَشتمِلُ على أوصافٍ[2]، وكذا الثِّيابُ.

وجَهالةُ صِفةِ الْمُسمّى لا تَمنَعُ صِحّةَ التَّسميةِ، كمن تَزوَّج امرَأةً على ثوبٍ هَرَويٍّ، أو عبدٍ، أو فرَسٍ، ولم يُضِفْ إلى نَفسه، فإن التَّسميةَ صَحيحةٌ، ولها الوسَطُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ في الوَجهَين؛ لأن ما لا يَصلُحُ عِوَضًا في البَيع لا يَصلُحُ مُسمًّى في النّكاح عندَه؛ إذ النّكاحُ عقدُ مُعاوَضةٍ، كالبَيع.

والعبدُ الْمُطلَقُ لا يَصلُحُ ثمَنًا، فكذا مُسمًّى؛ وهذا لأن الجَهالةَ مانِعةٌ من التَّسليم والتَّسلُّمِ؛ لأن أحدَهما يُطالِبُه بالجَيِّد، وذا يُسلِّمُ الرَّديءَ، فيُفضِي إلى الْمُنازَعة.

---

(١) في (هـ): الخيل والبغال والحمير.

(٢) في (ب) و(هـ): أصناف.

ولنا: أنه مُعاوَضةُ مالٍ بما ليس بمالٍ؛ لأن مَنافِعَ البُضعِ ليست بمالٍ؛ بدَليل أنه لا يَصِحُّ إمهارُه، ولا تُبطِلُه الشُّروطُ الفاسِدةُ.

والحيَوانُ يَثبُتُ دَينًا في الذِّمّة في مُبادَلة مالٍ بما ليس بمالٍ؛ ألا تَرى أنه وَجَب في الدِّيَة[1] مِائةٌ من الإبِل شرعًا، وصِفتُها مَجهولةٌ، ووَجَب في الجَنين غُرّةٌ عبدٌ أو أمةٌ، فكذا يَثبُتُ شرطًا، وجُعِل كأنه مالٌ يَلتزِمُه ابتِداءً.

والجَهالةُ الْمُستدرَكةُ لا تَمنَعُ صِحّةَ التِزامِ المالِ ابتِداءً، كما في الإِقرار، فإن من أقَرَّ بشيءٍ أو عبدٍ لرَجُلٍ: صحّ، وإليه البَيانُ.

وإنما لا يَنصرِفُ إلى الوَسَط: لأن الْمُقَرَّ به عَينُه ليس بعِوَضٍ، وعَينُ المهرِ هنا عِوَضٌ.

وإن كان باعتِبار صِفةِ الماليّةِ التِزامُ المالِ ابتِداءً.. فلكَونه عِوَضًا صَرَفناه عندَ إطلاقِ التَّسميةِ إلى الوَسَط؛ ليَعتدِلَ[2] النَّظَرُ من الجانِبَين؛ لأن الوسَطَ ذو حظٍّ منهما، ولكَونه مالًا يُلتزَمُ ابتِداءً لا تَمنَعُ جَهالةُ الصِّفةِ صِحّةَ الالتِزامِ.

وجَهالةُ العبدِ الْمُسمّى جَهالةُ الصِّفةِ دونَ الجِنسِ، فأمكَن مَعرِفةُ الوسَطِ.

بخِلاف جَهالةِ الجِنسِ؛ لأنه لا يُعرَفُ الوسَطُ ثَمَّ؛ لاختِلاف مَعاني الأجناسِ.

وبخِلاف البيعِ؛ لأن مَبناه على الْمُضايَقة والْمُماكَسةِ، فأفضَت[3] الجَهالةُ في الصِّفة إلى الْمُنازَعة المانِعةِ من التَّسليم والتَّسلُّمِ.

أما النِّكاحُ: فمَبناه على الْمُسامَحة والْمُساهَلةِ[4]، فلا يُؤدِّي إلى الْمُنازَعة، ألا تَرى

(١) في (ب) و(هـ): الذمة.

(٢) في (هـ): لتعذر.

(٣) في (د): فاقتضت.

(٤) في (ز): والمساقطة.

أن الشّارعَ أوجَب مهرَ الْمِثلِ فيه مع جَهالةِ القدرِ.

والزَّوجُ مُخيَّرٌ، إن شاء أَعطاها الوسَطَ، وإن شاء أَعطاها القِيمةَ؛ لأن الوسَطَ لا يُعرَفُ إلا بالقِيمة، فصارَت القِيمةُ أصلًا إيفاءً من هذا الوجهِ، والعبدُ آصلُ[1] تسميةً، فيُخيَّرُ بينَهما.

ويُعتبَرُ قِيمةُ الوسَطِ بقَدْر غَلاءِ السِّعرِ والرُّخصِ عندَهما، وهو **الصَّحيحُ**.

وإنما قَدَّر[2] أبو حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ بأربَعين دِينارًا: لِما شاهَد في زَمانه، وهما بَنيا[3] الفَتوى على الأَوقات والأمكِنةِ كلِّها.

والأمرُ على ما قالا؛ إذ القِيمةُ تَختلِفُ باختِلاف الغَلاءِ والرُّخصِ.

وهذا إذا ذَكَر مُطلَقًا ولم يُضِف إلى نَفسه، فأما إذا ذَكَر مُضافًا إلى نَفسه، بأن قال: (تَزوَّجتُكِ على عَبدي): ليس له أن يُعطيَ القِيمةَ؛ لأن الإضافةَ من أَسباب التَّعريفِ، كالإشارة، ولو كان العبدُ مُشارًا إليه ليس له أن يُعطيَ القِيمةَ، كذا هنا، كذا ذَكَر[4] في «الْمُحيط».

ولو تَزوَّجها على ثوبٍ هَرَويٍّ بغَير عَينِه، ولم يُبيِّن الصِّفةَ.. فإن أَتاها بالثَّوب: أُجبِرت على القَبولِ، وإن أتَاها بالقِيمة: أُجبِرت أيضًا، كالعَبد الْمُطلَقِ.

وإن بَيَّن صِفةَ الثَّوبِ:

فعلى قَول زفرَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا تُجبَرُ على قَبول القِيمةِ.

---

(١) ضبطت في (ب): أصلٌ.

(٢) في (د): قوم.

(٣) في (هـ): وهنا بينا.

(٤) في (ز): كذا هنا ذكره.

وعلى قَول أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن ذَكَر الأجلَ مع ذلك لا تُجبرُ على قَبول القِيمةِ، وإن لم يَذكُر الأجلَ أُجبِرت عليه؛ لأن الثِّيابَ لا تثبُتُ في الذِّمّة ثُبوتًا صَحيحًا إلا مُؤجَّلةً.

ألا تَرى أنه لا يَجوزُ استِقراضُها، ويَجوزُ السَّلَمُ فيها؛ لأن القرضَ لا يَكونُ إلا حالًّا، والسَّلَمُ لا يَكونُ إلا مُؤجَّلًا.

فعندَ ذِكرِ الأجلِ يَثبُتُ الثَّوبُ دَينًا ثُبوتًا صَحيحًا، فلا تُجبرُ على قَبول القِيمةِ[1]، وعندَ عدَمِ ذِكرِ الأجلِ لا يَثبُتُ ثُبوتًا[2] صَحيحًا.

وزفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: الثَّوبُ يَثبُتُ في الذِّمّة مَوصوفًا ثُبوتًا صَحيحًا؛ لأنه بالْمُبالَغة في ذِكر الصِّفةِ يَلتحِقُ بذَوات الأمثالِ، حتى يَجوزُ السَّلَمُ فيه.

وإن تَزوَّجها على مَكيلٍ أو مَوزونٍ.. فإن سَمّى جِنسَه وصِفتَه[3] وقَدْرَه: لم تُجبر على قَبول القِيمةِ إذا أتَاها بها؛ لأن الْمَكيلَ أو الْمَوزونَ يَثبُتُ في الذِّمّة ثُبوتًا صَحيحًا، حالًّا أو مُؤجَّلًا؛ بدَليل جَوازِ استِقراضِه والسَّلَمِ فيه.

وإن لم يَذكُر الصِّفةَ.. ففي ظاهِر الرِّوايةِ: إذا أتَاها بالقِيمة أُجبِرت على القَبول؛ لأنه بتَسمِية الجِنسِ دونَ الصِّفةِ لا يَثبُتُ في الذِّمّة ثُبوتًا صَحيحًا.

ورُوِي عن أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أنها لا تُجبرُ على قَبول القِيمةِ؛ لأن التَّسميةَ متى صَحَّت بذِكر الجِنسِ تَعيَّن الوسَطُ من ذلك الجِنسِ، فما تَعيَّن الوسَطُ[4] من الوَصف شرعًا يَكونُ كالْمَذكور شرطًا، فلا تُجبرُ على قَبول القِيمةِ.

---

(١) في (ب): اللمة.

(٢) في (ز): لا يثبت في اللمة ثبوتًا.

(٣) في (ب): ووصفه، وفي (هـ): وعينه.

(٤) سقطت من (أ) و(ز).

وعلى ثوبٍ، وخمرٍ (ك)، وخِنزيرٍ (ك)، وهذا الخلِّ، وهو خمرٌ، وهذا العبدِ، وهو حُرٌّ، وعكسِهما (س): مهرُ الْمِثلِ.

فإن تَزوَّجها على ثوبٍ، أو خمرٍ، أو خِنزيرٍ، أو على هذا الدَّنِّ من الخلّ، فإذا هو خمرٌ، أو على هذا الدَّنِّ من الخَمر، فإذا هو خلٌّ، أو على هذا العبدِ، فإذا هو حُرٌّ، أو على هذا الحُرِّ، فإذا هو عبدٌ: يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ في هذه الوُجوهِ.

أما وُجوبُ مهرِ الْمِثلِ في الثَّوب: فبالاتِّفاق، وقد بَيَّنّاه.

وأما في الخَمر والخِنزيرِ: فكذلك عندَنا.

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: النِّكاحُ فاسِدٌ؛ قِياسًا على البَيع.

ولنا: أن شرطَ قَبولِ الخمرِ شرطٌ فاسِدٌ، إلا أن النِّكاحَ لا يَفسُدُ بالشَّرط الفاسِدِ.

وشرطُ صِحّةِ التَّسميةِ: أن يَكونَ الْمُسمّى مالًا، فإذا لم يكن مالًا بَطَلت التَّسميةُ، وكأنه لم يُسَمِّ لها شيئًا، فكان لها مهرُ مِثلِها.

وهكذا يَقولُ في البَيع: يَصيرُ كأنه لم يُسَمِّ ثمنًا، والبيعُ يَفسُدُ عندَ عدَمِ تَسميةِ الثَّمنِ.

وأما وُجوبُ مهرِ الْمِثلِ في البَواقِي: فمَذهَبُ أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا تَزوَّجها على هذا العبدِ، فإذا هو حُرٌّ، أو على هذا الدَّنِّ من الخلّ، فإذا هو خمرٌ: يَجِبُ قِيمةُ الحُرِّ لو كان عبدًا، ومِثلُ هذا الدَّنِّ من الخلِّ.

وفي عَكسهما[1] **لها الْمُشارُ إليه.**

وكذا لو تَزوَّجها على هذه الميْتةِ، فإذا هي ذَكِيّةٌ، فإن لها الْمُشارَ إليه، وهو رِوايتُه[2]

---

(١) في سوى (أ): عكسها.

(٢) في (ب) و(هـ): رواية.

عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وما ذَكَرنا بدءًا[١] رِوايةُ محمدٍ عن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

ومحمدٌ مع أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فيما إذا تزوَّجها على هذا العبدِ، فإذا هو حُرٌّ، ومع أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فيما إذا تزوَّجها على هذا الدَّنِّ من الخلّ، فإذا هو خمرٌ.

وإذا تَزوَّجها على هذا الحُرِّ، فإذا هو عبدٌ[٢]، أو على هذه الميْتةِ، فإذا هي ذَكِيّةٌ: لها الْمُشارُ إليه عندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وإذا تَزوَّجها على هذا الدَّنِّ من الخَمر، فإذا هو خلٌّ: يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ.

وهذه الْمَسائلُ مَبنيّةٌ على أصلٍ، وهو: أن الإشارةَ والتَّسميةَ إذا اجتَمَعتا، والْمُشارُ إليه من خِلاف جِنسِ الْمُسمّى: فالعِبرةُ للتَّسمِية؛ لأنها تُعرِّفُ الماهيّةَ، والإشارةُ تُعرِّفُ الصُّورةَ، فكان اعتِبارُ التَّسميةِ وهي مُعرِّفةٌ للمَعنى أَولى من اعتِبار الإشارةِ وهي مُعرِّفةٌ للصُّورة؛ لأن الْمَعانيَ أحقُّ بالاعتِبار من الصُّوَر.

وإن كان الْمُشارُ إليه من جِنس الْمُسمّى، إلا أنهما اختَلَفا وصفًا[٣]: فالعِبرةُ للإشارة؛ لأن الْمُسمّى مَوجودٌ في الْمُشار ذاتًا، والوصفُ يَتبَعُه.

ألا تَرى أن من اشتَرى فصًّا على أنه ياقوتٌ، فإذا هو زُجاجٌ: لا يَنعقِدُ العقدُ؛ لاختِلاف الجِنسِ، ولو اشتَرى فصًّا على أنه ياقوتٌ أحمرُ، فإذا هو أخضرُ: يَنعقِدُ العقدُ؛ لاتِّحاد[٤] الجِنسِ.

---

(١) في (هـ): ندبًا.

(٢) في (هـ): تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر.

(٣) في (هـ): وضعًا.

(٤) في (ب): لاختلاف.

والشَّأنُ في التَّخريج على هذا الأصلِ.

فأبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقولُ: الحُرُّ مع العبدِ، والخلُّ مع الخمرِ: جِنسان مُختلِفان في حقِّ الصَّداقِ؛ لأن أحدَهما مالٌ مُتقوَّمٌ يَصلُحُ صَداقًا، والآخرُ لا، فتَعلَّق الحُكمُ بالْمُسمّى، وهو مالٌ، فصارَت الإشارةُ لبَيان وصفِ الْمُسمّى، كأنه قال: (عبدٌ مِثلُ هذا في الوصفِ)، وكذا في الخلّ.

ومحمدٌ يَقولُ: اختِلافُ الجِنسِ باختِلاف مَعنى الذّاتِ، وذا لا يَفترِقُ في الحُرِّ والعبدِ؛ إذ مَنفَعتُهما تَحصُلُ على نمَطٍ واحِدٍ، فإذا لم يَتبدَّل مَعنى الذّاتِ اعتُبِرا جِنسًا واحِدًا، فكانَت العِبرةُ للإشارة، والْمُشارُ إليه لا يَصلُحُ أن يَكونَ مهرًا، فصار كأنه قال: (تزوَّجتُكِ على هذا)، وسَكَت.

فأما الخلُّ مع الخمرِ: فجِنسان مُختلِفان؛ إذ الْمَطلوبُ من الخلِّ مَعلومٌ، والْمَطلوبُ من الخَمر مَعنى الإطرابِ.

وإذا كانا جِنسَين صار الحُكمُ كما قال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وأبو حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ يقولُ: اختِلافُ الجِنسِ لا يَتحقَّقُ إلا بتَبدُّل الْمَعنى والصُّورةِ؛ لأن كلَّ مَوجودٍ من الحَوادِث مَوجودٌ بصُورته ومَعناه، فلا تَأخُذُ الذّاتان حُكمَ الجِنسَين الْمُختلِفَين، إلا إذا اختلَفا صُورةً ومَعنًى، وصُورةُ الخمرِ والخلِّ مُتَّحِدةٌ، وكذا صُورةُ الحُرِّ والعبدِ.

وإذا لم يَثبُت اختِلافُ الجِنسِ باختِلاف الْمَعاني؛ لوُجود الاتِّحادِ صُورةً.. كان الْمُشارُ إليه من جِنس الْمُسمّى، فكانَت العِبرةُ للإشارة في الفَصلَين، وصار كأنه تزَوَّجها على حُرٍّ، أو خمرٍ، أو ميْتةٍ، فيَجِبُ مهرُ الْمِثلِ.

وأبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ خالَف أصلَه فيما إذا كان الْمُشارُ إليه يَصلُحُ مهرًا، وقال: جُمِع بينَ الإشارةِ والتَّسميةِ، وصَحَّت إِحداهما، وبَطَلت الأُخرى، فاعتُبِرت الصَّحيحةُ في الفَصلَين؛ تَفادِيًا عن الْمَصير إلى مَهر الْمِثلِ؛ لأنه ضَروريٌّ عندَه، لا يُصارُ إليه إلا عندَ التَّعذُّرِ.

ولأن اعتِبارَ التَّسميةِ حالَ صِحّتِها لا يَدُلُّ على اعتِبارها حالَ فَسادِها.

وأبو حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ يقولُ فيما رَوى أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عنه: إن لها الْمُشارَ إليه؛ لأنه من جِنس الْمُسمّى، وهذه الرِّوايةُ أصحُّ، كذا حَكى شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وفي رِواية محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عنه -وقد عَوَّل عليه البعضُ-: أن لها مهرَ مِثلِها؛ لأن الْمُوجَبَ الأصليَّ هو مهرُ الْمِثلِ، والتَّسميةُ أَقوى من حيث إنها تُعرِّفُ الْمَعنى، والإشارةَ تُعرِّفُ الصُّورةَ.

لكنِ الإشارةُ أَقوى من حيث إنها تَقطَعُ الشِّرْكةَ، ولا تَحتمِلُ الْمَجازَ، بخِلاف التَّسميةِ؛ فإنه لا يَجوزُ أن تُجعَلَ الإشارةُ إلى عَينٍ إشارةً إلى غَيره، ولكن يَجوزُ إطلاقُ اسمِ عَينٍ على عَينٍ آخرَ.

ألا تَرى أن من قال لامرَأته: (هذه الكَلبةُ طالِقٌ)، أو لعَبده: (هذا الحِمارُ حُرٌّ): طَلُقت، وعَتَق.

والْمَقصودُ هو التَّعريفُ، والإشارةُ أبلغُ فيه؛ لأن غيرَ الْمُشارِ إليه لا يُشارِكُ الْمُشارَ إليه، سَواءٌ كان من جِنسه أو من خِلاف جِنسِه، وفي التَّسمِية يُشارِكُ الْمُسمّى ما كان من جِنسه، وإن لم يُشارِكه ما ليس من جِنسه.

ففيما إذا كان الْمُشارُ إليه لا يَصلُحُ مهرًا رُجِّحت الإشارةُ، وفيما إذا كان يَصلُحُ مهرًا رُجِّحت التَّسميةُ؛ رِعايةً للمُوجَب الأصليِّ، وهو مهرُ الْمِثلِ في الفصلَين.

أمهَر العَبدَين، وأحَدُهما حُرٌّ: فمهرُها العبدُ(س م).

فإن تزوَّجها على هذين العبدَين، فإذا أحَدُهما حُرٌّ: فليس لها إلا الباقِي، إذا ساوَى عشَرةَ دَراهِمَ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لها العبدُ وقِيمةُ الحُرِّ لو كان عبدًا.

وعندَ محمدٍ -وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا-: لها العبدُ الباقِي وتَمامُ مهرِ مِثلِها، إن كان مهرُ مِثلِها أكثرَ من قيمة العَبد.

وهذه الْمَسألةُ[1] مبنيّةٌ على ما مَهَّدنا من الأَصل.

ووجهُه: أن عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: تَسميةَ العبدِ عندَ الإشارةِ إلى الحُرِّ لغوٌ، حتى أوجَب لها مهرَ الْمِثلِ كأنه لم يُسَمِّ شيئًا، فهنا تَسميةُ العبدِ عندَ الإشارةِ إلى الحُرِّ تكونُ لغوًا أيضًا.

فإذا لَغَت تَسميةُ العبدِ الثّاني[2] صار كأنه تزَوَّجها على عبدٍ، فليس لها إلا ذلك، ولا يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ؛ لأنهما لا يَجتمِعان.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَسميةُ العبدِ[3] مُعتبَرةٌ وإن أشارَ إلى الحُرّ، فاعتُبِر تَسميةُ العَبدَين هنا، لكنه عَجَز عن تَسليم أحدِهما، فتَجِبُ قِيمتُه.

ومحمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقولُ: الأمرُ كما قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أن تَسميةَ العبدِ عندَ

---

(١) في (ج): المسائل.

(٢) في (ب): الباقي.

(٣) في (هـ): العبد الثاني.

الإشارةِ إلى الحُرِّ لغوٌ، لكنها ما رَضِيَت[1] بأن يُتملَّكَ بُضعُها بعبدٍ، فيَجِبُ النَّظَرُ إلى مَهر مِثلِها دفعًا للضَّرَر عنها.

وإذا فَرَّق القاضِي بينَ الزَّوجَين في النِّكاح الفاسِدِ قبلَ الدُّخولِ: فلا مهرَ لها؛ لأن المهرَ في النِّكاح الفاسِدِ لا يَجِبُ بمُجرَّد العقدِ؛ لكَونه فاسِدًا.

وإنما يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ في الفاسِد بالوَطء، ولم يُزَد على الْمُسمّى[ز]، وثبَت النَّسَبُ والعِدّةُ.

وإنما يَجِبُ بالوَطء، وكذا بعدَ الخَلوةِ: لأن فَسادَ النِّكاحِ يَمنَعُ صِحّةَ الخَلوةِ؛ لأنها إنما أُقِيمت مُقامَ الوطءِ لثُبوت التَّمكُّنِ من الوَطء بها، وهذه الخَلوةُ غيرُ مُمكِّنةٍ منه؛ لحُرمة الوطءِ، فصار كخَلوة الحائضِ.

وهذا مَعنى قولِهم: الخَلوةُ الصَّحيحةُ في النِّكاح الفاسِدِ كالخَلوة الفاسِدةِ في النِّكاح الصَّحيحِ.

فإن دَخَل بها فلها مهرُ مِثلِها؛ لأن الوطءَ في المحَلِّ الْمَعصومِ سبَبٌ للضَّمان[2] الجابرِ، أو الحدِّ الزّاجرِ، وتَعذَّر الثّاني لشُبهة[3] النِّكاحِ، فتَعيَّن الأوَّلُ.

ولا يُزادُ على الْمُسمّى عندَنا.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ بالِغًا ما بَلَغ؛ لأن الواجِبَ عندَ فَسادِ العقدِ بدَلُ الْمُتلَفِ؛ الا تَرى أن الْمَقبوضَ بالشِّراء الفاسِدِ مَضمونٌ بالقِيمة بالِغةً ما بَلَغت، فكذا الْمُستوفَى في النِّكاح الفاسِدِ.

---

(١) في (هـ): لكنها رضيت.

(٢) في (ب): لضمان.

(٣) في (ز): بشبهة.

ولنا: أن مَنفَعةَ البُضعِ ليست بمالٍ، وإنما تَتقوَّمُ بالتَّسمِية في العَقد، فيَثبُتُ التَّقوُّمُ بقَدْر ما سُمِّي في العَقد.

فإذا كان الْمُسمّى أكثرَ من مَهر الْمِثلِ لم تَجِب الزِّيادةُ؛ لعَدَم صِحّةِ التَّسميةِ؛ لأنها بِناءٌ على العَقد، وقد فَسَد العقدُ، فيَفسُدُ ما بُنِي عليه.

وإن كان الْمُسمّى أقلَّ لم تَجِب الزِّيادةُ على قَدْر الْمُسمّى؛ لعَدَم التَّسميةِ والتَّقويمِ فيها، ولأنها رَضِيَت بالقَدْر الْمُسمّى.

بخِلاف الْمَقبوضِ بالبَيع الفاسِدِ؛ لأنه مالٌ مُتقوَّمٌ بنفسه، فيَتقدَّرُ بدَلُه بقِيمته.

وإنما يُنقَلُ عنها إلى الْمُسمّى إذا صحّ، فإذا لم يَصِحَّ لفَساد العقدِ كان مَضمونًا بالقِيمة بالِغةً ما بَلَغت.

وتَجِبُ العِدّةُ؛ صِيانةً للنَّسَب عن الاشتِباه، وإلحاقًا لشُبهة النِّكاحِ بحَقيقته في مَوضِع الاحتِياطِ.

ويُعتبَرُ ابتِداؤُها من وَقت التَّفريقِ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: من آخِر الوطآتِ؛ لأن وُجوبَ العِدّةِ بسَبَب الوطءِ، فيُعتبَرُ آخِرُ الوطءِ.

ولنا: أن السَّببَ الْمُوجِبَ للعِدّة شُبهةُ النِّكاحِ، ورفعُ هذه الشُّبهةِ بالتَّفريق؛ ألا تَرى أنه لو وَطِئها قبلَ التَّفريقِ لا يَجِبُ الحدُّ، وبعدَه يَجِبُ، فلا تَصيرُ شارِعةً في العِدّة ما لم تَرتفِع الشُّبهةُ بالتَّفريق.

ويَثبُتُ[1] نسَبُ ولَدِها؛ لأن النَّسَبَ يُحتاطُ في إثباته؛ لما فيه من إحياء الولَدِ؛ إذ لو

---

(١) في (ز): ثم يثبت.

لم يَثبُت النَّسَبُ لضاع الولَدُ؛ لعَدَم من يُربِّيه[1]، فيُبتنى على الثّابِت من وجهٍ، والنّكاحُ الفاسِدُ ثابِتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ.

وتُعتبَرُ مُدّةُ[2] النَّسَبِ من وَقت النّكاحِ عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: من وَقت الدُّخولِ، وعليه الفَتوى؛ لأن إقامةَ العقدِ مُقامَ الدُّخولِ في الصَّحيحِ؛ لكَونه داعِيًا إليه شرعًا، والفاسِدُ ليس بداعٍ إليه، فلا يُقامُ مُقامَ الوطءِ.

ويُعتبَرُ مهرُ الْمِثلِ بقَوم أبِيها إذا استَوتا سِنًّا، وجَمالًا، وبَلَدًا، وعصرًا، ومالًا، وعَقلًا، ودِينًا، وبَكارةً.

لا بأُمِّها وخالتِها.

ويُعتبَرُ مهرُ مِثلِها بأخَواتها وعمّاتِها وبَناتِ عمِّها؛ لقَول ابنِ مَسعودٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: لها مهرُ مِثلِ نِسائِها[3].

وإنما تُضافُ إلى أقارِب الأبِ: لأن النَّسَبَ إليه، ولأن قِيمةَ الشَّيءِ إنما تُعرَفُ بالرُّجوع إلى قِيمة جِنسِه، والإنسانُ من جِنس قومِ أبِيه لا من جِنس قومِ أُمِّه؛ ألا تَرى أن الأمَّ قد تَكونُ أمةً، والبِنتُ قُرَشيّةً تبَعًا لأبِيها.

ولا يُعتبَرُ مهرُها بمَهر أُمِّها وخالتِها، إلا أن تكونا من قَوم أبِيها، فإن كانَت الأُمُّ

(١) في (هـ): يزينه.

(٢) في (ج): ويعتبر هذا.

(٣) روى الترمذي (١١٤٥) عن علقمة عن ابن مسعود: أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقًا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ في بَرْوع بنت واشق امرأة منا مثل الذي قضيت، ففرح بها ابن مسعود.

من قَوم أبِيها، بأن كانَت بِنتَ عمِّه: فحينَئذٍ يُعتبَرُ مهرُها، لا لأنها أُمُّها، بل لأنها بِنتُ عمِّ أبِيها.

ويُعتبَرُ في مَهر الْمِثل أن تَتساوى الْمَرأتان في السِّنِّ، والمالِ، والجَمالِ، والعقلِ، والدِّيانةِ، والعَصْر[1]، والبَكارةِ، والبلَدِ.

أي يُعتبَرُ أن تكونَ تلك الْمَرأةُ من بَلَدها، ولا يُعتبَرُ[2] مهرُها بمَهر عَشيرتِها في بَلدةٍ أُخرى؛ لأن مهرَ الْمِثلِ قِيمةُ البُضعِ، وقِيمةُ الشَّيءِ إنما تُعرَفُ بالرُّجوع إلى نَظيره بصِفته.

ومهرُ الْمِثلِ يَختلِفُ باختِلاف هذه الصِّفاتِ، فإن الغَنِيّةَ تُنكَحُ بأكثرَ مما تُنكَحُ به الفَقيرةُ، والحَسناءُ تُنكَحُ بأكثرَ مما تُنكَحُ به الشَّوهاءُ، وكذا البَواقِي على هذا.

فكان المالُ والجَمالُ وغيرُهما في باب النِّكاحِ كالجَودة والرَّداءةِ في باب المالِ، وثَمَّ تُعتبَرُ الجَودةُ والرَّداءةُ حالَ التَّقويمِ، فتُعتبَرُ هذه الصِّفاتُ هنا أيضًا.

فإن لم تُوجَد من نِسائها من كانَت بمِثل حالِها في المال والجَمالِ، أو وُجِدت ولكن لم يكن نِكاحُها في بَلَدها: يُعتبَرُ مهرُ مِثلِها بمَهر مِثلِ الأجنَبيّاتِ في بَلَدها.

ضَمِن وَلِيُّها المهرَ: صحّ، وتُطالِبُ أيًّا شاءَت.

وإذا ضَمِن الوليُّ المهرَ: صحَّ ضَمانُه؛ لكَونه أهلًا للالتِزام، وقد أضافَه إلى محَلٍّ قابِلٍ له، وهو المهرُ، فإنه يَقبَلُ الضَّمانَ؛ لكَونه دَينًا، فيَصِحُّ.

ثم الْمَرأةُ بالخِيار، إن شاءَت طالَبت زوجَها بالصَّداق بحُكم النِّكاحِ، وإن شاءَت طالَبت وليَّها بحُكم الضَّمانِ، كما في سائِر الكَفالاتِ.

---

(١) في (هـ): والصغر.

(٢) في (د): ويعتبر.

فإن أدّاه الوليُّ تَرجِعُ على الزَّوج إن كان بأَمره، وإن ضَمِن بغَير أمرِه لا يَرجِعُ، كما عُرِف في الكَفالة.

وإن زَوَّج الوليُّ الصَّغيرةَ وضَمِن لها عن زَوجها: صحَّ الضَّمانُ أيضًا؛ لأنه صَيَّر نفسَه زَعيمًا، والزَّعيمُ غارِمٌ.

بخِلاف ما إذا باع الأبُ مالَ ولَدِه الصَّغيرِ، وضَمِن الثَّمَنَ عن الْمُشتَري؛ فإنه لا يَصِحُّ الضَّمانُ؛ لأن ثُبوتَ حقِّ قبضِ الثَّمَنِ للأَب هناك بحُكم العقدِ لا بوِلايته عليه؛ ألا تَرى أن الأبَ هو الذي يَقبِضُ الثَّمَنَ بعدَ بُلوغِه.

وفيما[1] يَكونُ وُجوبُه بحُكم عقدِه، فهو كالْمُستحَقّ؛ لأن حُقوقَ ذلك العقدِ تَتعلَّقُ بالعاقِد.

ولهذا لو أبرَأ الْمُشتَري عن الثَّمَن يَصِحُّ، فإذا ضَمِن الثَّمَنَ عن الْمُشتَري كان ضامِنًا لنَفسه، فلا يَصِحُّ.

وثُبوتُ حقِّ قبضِ الصَّداقِ للأَب بوِلاية الأبُوّةِ، لا بمُباشَرته عقدَ النِّكاحِ؛ لأن حُقوقَه لا تَتعلَّقُ بالعاقِد.

ولهذا لو بَلَغت كان القبضُ إليها دونَ الأبِ، فكان الأبُ في هذا الضَّمانِ كالأجنَبيّ، فيَصِحُّ.

فإن كان هذا الضَّمانُ في مَرَض الأبِ ومات: فهو باطِلٌ؛ لأنه قَصَد إيصالَ النَّفعِ إلى وارِثه، وتَصرُّفُ الْمَريضِ في مِثله باطِلٌ.

زَوَّج طِفلَه الفَقيرَ: لا يَجِبُ[2] المهرُ(ك) أباه.

---

(١) في (ب): فيما.

(٢) أي لا يلزم.

فإن زَوَّج الأبُ طِفلَه الفَقيرَ[1] امرأةً بمهرٍ مَعلومٍ لا يَلزَمُ المهرُ أباه، إلا إذا ضَمِن.

وعندَ مالكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المهرُ على الأَب؛ لأنه ضَمِن دَلالةً بإقدامه على النِّكاح مع عِلمِه أنه لا مالَ له، ولا نِكاحَ بدُون المهرِ.

ولنا: أن الصَّداقَ على من أخَذ السّاقَ بالأثَر[2]، والنِّكاحُ يَنفكُّ عن إيفاء المهرِ في الحال، فلم يكن من ضَرورته ضَمانُ المهرِ.

فإن ضَمِن المهرَ عنه، ومات، وأَخَذت من تَرِكته: رَجَعوا به عليه(ز).

فإن زَوَّج ابنَه الصَّغيرَ في صِحّته، وضَمِن عنه المهرَ، وقَبِلت الْمَرأةُ الضَّمانَ: صحّ، فإن مات الأبُ لها أن تَأخُذَ من الزَّوج، ولها أن تَأخُذَ من تَرِكة الأبِ بحُكم الضَّمانِ؛ لأن الاستِحقاقَ ثَبَت لها في حَياته بالكَفالة، فلا يَبطُلُ بمَوته.

فإن استَوفت من تَرِكة الأبِ الميْتِ رَجَع سائرُ الوَرَثةِ بذلك في نَصيب الابنِ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَرجِعون؛ لأن الكَفالةَ انعقَدت غيرَ مُوجِبةٍ للرُّجوع بالأَداء؛ لكَونها بغَير أمرِه، حتى لو أدّاه في حَياته لا يَرجِعُ عليه، فبمَوته لا تَنقلِبُ مُوجِبةً للرُّجوع.

ولنا: أنها وَقَعت بأَمر الْمَكفولِ عنه حُكمًا؛ لوِلاية الأبِ عليه، فالإقدامُ على الكَفالة دَلالةُ الأمرِ من جِهَته، كما لو كَفَل به أجنَبيٌّ بأَمر أبِيه وأدّى، فإنه[3] يَرجِعُ بما أدّى في

---

(١) في (هـ): الصغير.

(٢) روى ابن ماجه (٢٠٨١) والطبراني (١١٨٠٠) والدارقطني (٣٩٩١) واللفظ للأول: عن ابن عباس قال: أتى النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجل فقال: يا رسول الله! سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها. قال: فصعد رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المنبر فقال: «يا أيها الناس! ما بال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما؟! إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».

(٣) في (هـ): بإذنه.

مال الصَّغيرِ[1].

بخِلاف ما إذا أدّى حالَ حَياتِه؛ لأنه قام مَقامَ دَلالةِ التَّبرُّعِ؛ لأن تَبرُّعَ الآباءِ بمَهر الأبناءِ حالَ الحَياةِ مَعهودٌ.

وللمَرأة أن تَمنَعَ الزَّوجَ عن الدُّخول بها حتى يُوفِيَ المهرَ، وتَمنعَه أن يُسافِرَ بها؛ لأن الْمُستحَقَّ بعَقد النِّكاحِ مَضمونٌ بالْمَهر، فلها أن تَحبِسَه عنه حتى يَتعيَّنَ حقُّها في البَدَل كما تَعيَّن حقُّه في الْمُبدَل، كما في البَيع.

وليس للزَّوج أن يَمنعَها من السَّفَر، والخُروجِ من مَنزِله، وزِيارةِ أهلِها.. حتى يُوفِيَها المهرَ، أي الْمُعجَّل، وهو دَستُ بيمانَ[2]؛ لأن في عُرفنا البعضَ مُعجَّلٌ والبعضَ مُؤجَّلٌ، والْمَعروفُ كالْمَشروط.

فإن كان مِقدارُ الْمُعجَّلِ والْمُؤجَّلِ مُبيَّنًا: فهو كذلك، وإن لم يُبيِّنا شيئًا يُنظَرُ إلى الْمُسمّى وإلى الْمَرأة: أنَّ مهرَ مِثلِ هذه الْمَرأةِ كم يَكونُ لها من مِثل هذا الْمُسمّى مُعجَّلًا، وكم يَكونُ[3] مُؤجَّلًا، في العُرف، فيُقضى بالعُرف؛ وهذا لأن حقَّ الحبسِ إنما ثَبَت لاستيفاء الْمُستحَقّ.

فإذا لم يَثبُت له حقُّ الاستيفاءِ قبلَ إيفاءِ المهرِ لم يكن له حقُّ الحبسِ، فإذا أوفاها المهرَ كان له أن يَمنعَها وأن يَدخُلَ بها.

ولها منعُه من الوَطء والإخراجِ لمهرٍ غيرِ مُؤجَّلٍ[س]، وإن وَطِئ[س م].

وإن بَقِي من الْمَهر دِرهَمٌ لها أن تَمنَعَ نفسَها حتى تَقبِضَه، فإن كان المهرُ كلُّه مُؤجَّلًا

---

(١) في نسخة على هامش (و): حال الصغر.

(٢) في (ب) و(ج): دستبيمان، وفي (هـ): دستنيمان، وفي حاشية (و): وفي عرف شيراز: روي كشان.

(٣) في (ب): ولم يكن.

ليس لها أن تَمنَعَ نفسَها، وله أن يَدخُلَ بها في الحال، فإذا حلَّ الأجلُ دَفَع مهرَها.

وقال أبو يوسفَ: ليس له أن يَدخُلَ بها حتى يُوفِيَها مهرَها؛ لأن مِلكَ البُضعِ لا يَخلو عن مِلك البدَلِ؛ لما عُرِف، فلا يَخلو وُجوبُ التَّسليمِ فيه عن تَسليم البدَلِ.

ولهما: أن تَسليمَ المهرِ إنما وَجب أوَّلًا لتَتحقَّقَ الْمُساواةُ بينَهما، وقد أبطَلت حقَّها في الْمُساواة بالتَّأجيل، فلم يَبقَ لها حقُّ المنعِ، كما في الثَّمَن الْمُؤجَّلِ.

ولو دَخَل بها الزَّوجُ لها أن تَمنَعَ نفسَها حتى يُعطيَها المهرَ، أي الْمُعجَّلَ، ولها أن تَمنعَه أن يَخرُجَ بها عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وقالا: ليس لها أن تَمنعَ نفسَها.

والخِلافُ فيما إذا دَخَل بها طائِعةً، وهي من أَهل التَّسليمِ، حتى لو دَخَل بها مُكرَهةً أو صَغيرةً أو مَجنونةً: لا يَسقُطُ حقُّها في الحَبس إجماعًا.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا خَلا بها برِضاها.

ويُبتَنَى على هذا استِحقاقُ النَّفَقةِ إذا مَنَعت نفسَها.

فعندَه: لها النَّفَقةُ؛ لأنها ليست بناشِزةٍ؛ لأن الامتِناعَ بحقٍّ.

وعندَهما: لا نَفَقةَ لها؛ لأنها ناشِزةٌ.

لهما: أن الْمَعقودَ عليه هنا في حُكم العَينِ، حتى لا يَصِحُّ فيه التَّوقيتُ[1]، وقد صار مُسلَّمًا إليه برِضاها بالوَطأة الواحِدةِ وبالخَلوة، ولهذا يَتأكَّدُ المهرُ بالوَطء الواحِدِ إجماعًا، فبَطَل حقُّها في الحَبس، كالبائِع إذا سَلَّم الْمَبيعَ باختِياره، وبالْمَنع تَصيرُ مُستَرِدَّةً[2]، والثّابتُ لها حقُّ المنعِ عن التَّسليم لا حقُّ الاستِردادِ بعدَ التَّسليمِ.

(١) في (هـ): التوقيف.

(٢) في (هـ): تصير ناشزة مستردة.

وله: أنها حَبَست عنه ما يُقابِلُه[1] المهرُ، فصحّ، كما لو سَلَّم البائعُ بعضَ الْمَبيعِ إلى الْمُشتَري لا يَسقُطُ حقُّه في حَبس ما بَقِي منه.

بَيانُه: أنها إنما تَمنَعُ الوطءَ الثّانيَ، وذلك مُقابَلٌ بالْمَهر؛ لأن كلَّ وطءٍ تَسلَّط على البُضع الْمُحتَرَمِ[2] فلا يَجوزُ إخلاؤُه عن شيءٍ يُقابِلُه؛ إظهارًا لخَطَره، واحتِرازًا عن شُبهة البذلِ[3] والإباحةِ.

وإنما صار مُؤكَّدًا بالوَطأة الأُولى: لأن ما وراءَها مَجهولٌ لا يَصلُحُ مُزاحِمًا للمَعلوم، فلا يُمكِنُ اعتِبارُ جَميعِها للتَّوزُّع والانقِسامِ، فإذا صار شيءٌ منه مَعلومًا زاحَم الأوَّلَ، فكانَت مُمتنِعةً عن تَسليم ما يُقابِلُه البدَلُ لا مُستردّةً.

بخِلاف البيعِ؛ لأن التَّسليمَ في كلِّ الْمَبيعِ حَصَل.

ونَظيرُه: العبدُ إذا جَنى جنايةً تُستحَقُّ بها رَقَبتُه، ثم إذا جَنى أُخرى، ثُمَّ وثُمّ: يُستحَقُّ بها كلُّها، حتى يَثبُتُ التَّوزُّعُ فيها[4] بينَ أولياءِ الجِنايةِ.

وإذا أَوفاها مهرَها نَقَلها إلى حيث شاء؛ لقَوله تَعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطّلَاق: ٦].

وكثيرٌ من الْمَشايخ رَحِمَهُمُ اللَّهُ على أنه ليس للزَّوج أن يُسافِرَ بها في زَمانِنا، وإن أَوفاها المهرَ؛ لأن الغَريبَ مُمتهَنٌ[5]، ولو كان طَويلَ الذَّيلِ.

---

(١) في (ز): حبست عينًا يقابله.

(٢) في (ز): المحرم.

(٣) في (ب) و(د) و(هـ) و(ز): البدل.

(٤) في (هـ) و(ز): فيما.

(٥) في حاشية (ب): مهين.

ولكن يَنقُلُها إلى القُرى أين أحبّ؛ لأنه لا تَتحقّقُ الغُربةُ به، وعليه الفَتوى.

وله أن يَنقُلَها من القَرية إلى الْمِصر، ومن القَرية إلى القَرية.

اختَلَفا في قَدْر المهرِ: حُكِّم مهرُ الْمِثلِ(س)، والْمُتعةُ(س) لو طَلَّقها قبلَ الوطءِ، وفي أَصله: يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ، وإن ماتا(ح)، وفي القَدْر: القولُ لوَرَثته.

اختَلَف الزَّوجان في الْمَهر: فالقولُ للمَرأة إلى مَهر مِثلِها، وللزَّوج فيما زاد على مَهر الْمِثلِ.

وإن طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ: فالقولُ له في نِصف المهرِ.

اعلَم أن الاختِلافَ في الْمَهر لا يَخلو إما أن يَكونَ في حال الحَياةِ أو بعدَ الموتِ، وحالُ الحَياةِ لا يَخلو إما أن يَكونَ بعدَ الطَّلاقِ أو قبلَ الطَّلاقِ.

وكلُّ ذلك لا يَخلو إما أن يَكونَ الاختِلافُ في أَصل الْمُسمّى أكان أو لم يكن، أو في مِقدار الْمُسمّى كم كان.

فإن كان الاختِلافُ في حال الحَياةِ قبلَ الطَّلاقِ في مِقدار الْمُسمّى: فإن مهرَ الْمِثلِ يُجعَلُ حَكَمًا عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فإن شَهِد لأحَدهما فالقولُ قولُه مع يَمينِه.

فإن ادَّعى الزَّوجُ الألفَ، والْمَرأةُ تَدَّعي ألفَين، ومهرُ الْمِثلِ ألفٌ أو أقلُّ: فالقولُ للزَّوج مع يَمينِه في إنكار الزِّيادةِ؛ لأن الظّاهرَ أن الزَّوجَ لا يَلتزِمُ أكثرَ من مَهر الْمِثلِ، فكان شاهِدًا له.

فإن قِيل: إذا اختَلَف الْمُتبايِعان في الثَّمَن، وقِيمةُ الْمَبيعِ تَشهَدُ لأحَدهما: لا يُعتبَرُ قولُه، وإن شَهِد له الظّاهرُ.

قُلنا: القِيمةُ لا يُمكِنُ إثباتُها ثمنًا بمُطلَق العقدِ، ومهرُ الْمِثلِ يُمكِنُ إثباتُه بمُطلَق العقدِ، فافترَقا.

فإن نكَل أَعطاها ألفَين على سَبيل التَّسميةِ، لا خِيارَ للزَّوج في أن يَجعَلَها دَراهِمَ أو دَنانيرَ؛ لأن النُّكولَ كالإقرار، فيَثبُتُ ما ادَّعته الْمَرأةُ، وإن حَلَف[1] أَعطاها ألفًا على سَبيل التَّسميةِ أيضًا.

وإن أقامَت الْمَرأةُ البيِّنَةَ قُبِلت بيِّنتُها، وثَبَت أن الْمُسمّى أَلفان.

وإن أَقام الزَّوجُ البيِّنَةَ قُبِلت بيِّنتُه أيضًا، وثَبَت أن الْمُسمّى ألفٌ؛ لأنه مُدَّعٍ ظاهِرًا وإن كان مُنكِرًا حَقيقةً.

فصار كالْمُودَع إذا ادَّعى ردَّ الوَديعةِ أو الهَلاكِ، فإن القولَ قولُه، وإن أَقام البيِّنَةَ على ذلك قُبِلت أيضًا.

ولو أَقاما البيِّنَةَ فبيِّنتُها أَولى؛ لأنها مُثبِتةٌ للزِّيادة، كالبائِع والْمُشتَري إذا اختَلَفا في قَدْر الثَّمَنِ وأَقاما البيِّنَةَ، فالبيِّنةُ بيِّنةُ البائِعِ.

وإن كان مهرُ مِثلِها ألفَين أو أكثرَ: فالقولُ قولُها مع يَمينِها فيما أنكَرت من الحطِّ عن مَهر الْمِثلِ، فإن نكَلت وَجَب لها ألفٌ باعتِبار التَّسميةِ.

وإن حَلَفت لم يَثبُت الحطُّ، ووَجَب لها أَلفان: ألفٌ مُسمًّى باتِّفاقهما، وألفٌ باعتِبار مهرِ الْمِثلِ، فيُخيَّرُ الزَّوجُ في الألف الذي وَجَب عليه باعتِبار مهرِ الْمِثلِ، إن شاء جَعَلها دَنانيرَ، وإن شاء جَعَلها دَراهِمَ.

وإن أَقام الزَّوجُ البيِّنَةَ أن الْمُسمّى ألفٌ قُبِلت بيِّنتُه، وإن أقامَت الْمَرأةُ قُبِلت أيضًا،

---

(١) في (هـ): حلفا.

لأنها مُدَّعِيةٌ ظاهِرًا(١)، وتَصيرُ الألفان مُسمًّى، فيَثبُتُ التَّعيينُ(٢) بهذه البيِّنةِ.

وإن أَقاما البيِّنةَ فبيِّنتُه أَولى؛ لأنه يُثبِتُ الحطَّ عن مَهر الْمِثلِ، وهي تُثبِتُ صِفةَ التَّعيُّنِ(٣)؛ لأن ثُبوتَ الألفَين بشَهادة مهرِ الْمِثلِ، والْمُثبِتُ للأَصل أَقوى من الْمُثبِتِ للوَصف، فكانَت بيِّنتُه أَولى.

وقِيل: بيِّنتُها أَولى؛ لما مرّ.

وإن كان مهرُ مِثلِها ألفًا وخمسَمائةٍ فإن كلَّ واحِدٍ منهما يَحلِفُ على دَعوى صاحِبِه؛ لأن الظّاهرَ لا يَشهَدُ لأحَدهما، فيَحلِفُ الزَّوجُ على دَعوى الْمَرأةِ الزِّيادةَ على مَهر الْمِثلِ، وتَحلِفُ الْمَرأةُ على دَعوى الزَّوجِ الحطَّ عن مَهر الْمِثلِ.

ويَجِبُ أن يُقرَعَ بينَهما في البِداءة؛ لعَدَم الرُّجحانِ لأحَدهما.

فإن نَكَل الزَّوجُ وَجَب الألفان تَسميةً، وإن نَكَلت وَجَب الألفُ مُسمًّى، وإن حَلَفا وَجَب ألفٌ تَسميةً، وخمسُمائةٍ باعتِبار مهرِ الْمِثلِ.

وأيُّهما أَقام بيِّنةً قُبِلت بيِّنتُه.

وإن أَقاما البيِّنةَ قُضِي بألفٍ مُسمًّى، وخمسِمائةٍ باعتِبار مهرِ الْمِثلِ؛ لأن البيِّنتَين بَطَلتا؛ للتَّعارُض.

وهذا الذي ذَكَرنا أنه يُحكَّمُ مهرُ الْمِثلِ ثم يَتحالَفان.. **قولُ الرّازيِّ**.

وقال الكَرخيُّ: يَتحالَفان أوّلًا في الفُصول الثّلاثةِ، ثم يُحكَّمُ مهرُ الْمِثلِ؛ لأن ظُهورَ مهرِ الْمِثلِ عندَ عدَمِ التَّسميةِ.

---

(١) في (ب): أيضًا.

(٢) في (أ) و(ج): فتثبت التعين.

(٣) في (هـ): التعيين.

وإنما يَثبُتُ عدَمُ التَّسميةِ بالتَّحالُف؛ لأن ما يَدَّعي كلُّ واحِدٍ منهما يَنتَفي بيَمين صاحِبِه، فيَبقى نِكاحًا بلا تَسميةٍ، فيَكونُ مُوجَبُه مهرَ الْمِثلِ.

وجهُ قولِ الرّازيِّ: أنه إنما يُصارُ إلى التَّحالُف إذا لم يُمكِن تَرجيحُ قولِ أحدِهما على الآخَر بشَهادة الظّاهِرِ له، وإذا كان مهرُ الْمِثلِ يَشهَدُ لأحَدهما فالظّاهرُ شاهِدٌ له، فلا يُصارُ إلى التَّحالُف.

قال شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الأصحُّ قولُ الكَرخيِّ.

فإن طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها بعدَ الاختِلافِ، أو اختَلَفا بعدَ الطَّلاقِ.. فإن قِياسَ قولِ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ أن يُحكَّمُ مُتعةُ مِثلِها، فإن شَهِدت لأحَدهما فالقولُ له مع يَمينِه.

فإن كانَت بينَ الأمرَين، بأن كانَت أقلَّ مما ادَّعته، وأكثرَ[1] مما ادَّعاه: حُلِّف كلُّ واحِدٍ منهما على دَعوى صاحِبِه، كما قُلنا في حال قِيامِ النِّكاحِ، وهو جَوابُ «**الجامِعِ الكَبيرِ**».

وأما جَوابُ «الجامِعِ الصَّغيرِ» و«الأصلِ»: فإن القولَ قولُ الزَّوجِ في نِصف المهرِ.

قِيل: ما ذُكَر في النِّكاح قولُ أبي يوسفَ، وما ذُكَر في «الجامِع» قولُهما.

وقِيل: ما ذُكَر في النِّكاح قولُهما أيضًا، وإنما اختَلَف الجَوابُ: لاختِلاف الوضعِ، فمَوضوعُ الْمَسألةِ في «الأصل»: أنهما اختَلَفا في الألف والألفَين، فلم يَصِحَّ تَحكيمُ الْمُتعةِ؛ لاعتِراف الزَّوجِ بالزِّيادة؛ لأنه مُعترفٌ بنِصف الألفِ، والْمُتعةُ لا تَبلُغُ ذلك غالِبًا، ووضعُ الْمَسألةِ في «الجامِع الكَبيرِ»: أنه يَدَّعي التَّزوُّج بعشَرةٍ، وهي بمائةٍ، ومُتعةُ مِثلِها عِشرون، فأفاد تَحكيمَ الْمُتعةِ.

---

(١) في (هـ) و(ز): أو أكثر.

والْمَذكورُ في «الجامعِ الصَّغيرِ» ساكِتٌ عن ذِكر الْمِقدارِ، فإنه قال: (تَزوَّج امرأةً، ثم اختَلَفا في الْمَهر)، فيُحمَلُ على ما هو الْمَذكورُ في «الأَصل»، وهو: أن يَختلِفا في الأَلْف والألفين.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: في هذا كلِّه القولُ قولُ الزَّوجِ، إلا أن يَأتيَ بشيءٍ قَليلٍ.

ولم يَجعَل مهرَ الْمِثلِ حكَمًا؛ لأن الْمَرأةَ تَدَّعي الزِّيادةَ عليه، وهو يُنكِرُ، والقولُ للمُنكِرِ مع يَمينِه.

وهذا لأن البُضعَ لا قِيمةَ له، وإنما جُعِل مُتقوِّمًا شرعًا: تَعظيمًا له من غَير أن يُعقَلَ له تَقوُّمٌ حَقيقةً، فصار تَقوُّمُه ضَروريًّا، فلا يُصارُ إليه ما أمكَن الْمَصيرُ إلى ما له حُكمُ الثُّبوتِ بالشَّرط، وهو ما أقَرَّ به الزَّوجُ.

وهذا كالاختِلاف بينَ العاقِدَين في الإجارة في قَدْر الْمُسمّى، فإنَّ تَقوُّمَ الْمَنافعِ لَمّا كان ضَروريًّا في العَقد لم يَصلُح حَكَمًا، فكذا هنا.

ولهما: أن القولَ في الدَّعاوى لمن يَشهَدُ له الظّاهرُ؛ لأنه يَكونُ أقربَ إلى الصِّدق، فكان أحقَّ بالقَبول، والظّاهرُ شاهِدٌ لمن يَشهَدُ له مهرُ الْمِثلِ؛ لأن الظّاهرَ أن الْمَرأةَ لا تَتزوَّجُ بأقلَّ من مَهر مِثلِها.

وصار كالصَّبّاغ وربِّ الثَّوبِ إذا اختَلَفا في مِقدار الأجرِ، فإنه تُحكَّمُ قِيمةُ الصَّبغِ.

وقولُه: إن تَقوُّمَه ضَروريٌّ.. قُلنا: إنه مُتقوِّمٌ شرعًا: تَعظيمًا لخَطَر الأبضاعِ، والواجِبُ لتَعظيم الخطَرِ أحقُّ بالعَمَل به من التَّقوُّم[1] الذي ثَبَت بسَبَب الماليّةِ في الصَّبغ؛ لأن ذا يَقبَلُ الإبطالَ، وهذا لا.

(1) في (هـ) و(ز): المتقوم.

بخِلاف القصّارِ وربِّ الثَّوبِ إذا اختلَفا في الأَجر؛ لأنه ليس لعَمَله مُوجَبٌ في الأَجر بلا تَسميةٍ، وللنّكاح مُوجَبٌ، وهو مهرُ الْمِثلِ، فلا يُعدَلُ عنه إلا بتَسميةٍ صَحيحةٍ.

واختَلَفوا في مَعنى قولِ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (إلا أن يَأتيَ بشيءٍ قَليلٍ)..

قال بعضُهم: أن يَدَّعيَ ما دونَ العشرةِ.

والأصحُّ أن مُرادَه: أن يَدَّعيَ شيئًا قَليلًا يُعلَمُ أنه لا يُتزوَّجُ مِثلُ تلك الْمَرأةِ بذلك المهرِ عادةً؛ لأنّا نَجعَلُ القولَ قولَه بشَهادة الظّاهرِ له، وقد ادَّعى خِلافَ الظّاهرِ هنا، فلم يُصدَّق.

ودَعوى[1] أقلِّ من عشَرةٍ كدَعوى العشَرةِ؛ لأنها لا تَتجزَّأُ في باب النّكاحِ، وذِكرُ بعضِ ما لا يَتجزَّأُ كذِكر كلِّه، وإذا كان دَعوى ما دونَ العشَرةِ كدَعوى العشَرةِ.. صار كأنه ادَّعى العشَرةَ، وهي تَدَّعي الألفَ، فعلى قَوله: يَكونُ القولُ له؛ لأن ما يَدَّعيه ليس بقَليلٍ[2] شرعًا.

ولو اختَلَفا في أَصل الْمُسمّى في حال الحَياة، فأنكَره أحَدُهما: وَجَب مهرُ الْمِثلِ إجماعًا.

أما عندَهما: فظاهِرٌ؛ لأن مهرَ الْمِثلِ أصلٌ.

وأما عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلأنه لا سَبيلَ إلى القَضاء بالْمُسمّى مع وُقوعِ الشَّكِّ في وُجوده، فيُصارُ إلى مَهر الْمِثلِ.

وفي الْمَسألة الأُولى الأقلُّ مُتيقَّنٌ.

وإن كان الاختِلافُ بعدَ موتِ أحَدِهما، بأن اختَلَف الحيُّ مع وَرَثةِ الميِّتِ..

---

(١) في (ز): في دعوى.

(٢) في (ب): تعليل.

فالجَوابُ فيه كالجَواب في حال حَياتِهما حالَ قِيامِ النّكاحِ في الأَصل والْمِقدارِ؛ لأن مهرَ الْمِثلِ لا يَسقُطُ اعتِبارُه بمَوت أحَدِهما.

ألا تَرى أن للمُفوَّضة مهرَ الْمِثلِ إذا مات أحَدُهما.

وإن ماتا واختَلَفت الوَرَثةُ.. فإن اختَلَفوا في مِقدار الْمُسمّى: فالقولُ لوَرَثة الزَّوجِ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ، ولا يُحكَّمُ مهرُ الْمِثلِ؛ لأن مهرَ الْمِثلِ يَسقُطُ اعتِبارُه بعدَ موتِهما[1] عندَه.

وليس في قَوله استِثناءُ القَليلِ، وجاز أن يَستثنيَ القَليلَ عندَه.

وعندَ أبي يوسفَ: القولُ لوَرَثة الزَّوجِ، إلا أن يَأتوا بشيءٍ قَليلٍ.

وعندَ محمدٍ: القولُ لوَرَثة الْمَرأةِ إلى مَهر مِثلِها، والقولُ لوَرَثة الزَّوجِ في الفَضل، كما في حال الَحياةِ.

وإن اختَلَفوا في أَصل التَّسميةِ بعدَ مَوتَيهما..

فعندَ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: القولُ لمن يُنكِرُ التَّسميةَ، ولا يُقضى بشيءٍ؛ لأنه لا حُكمَ لِمَهر الْمِثلِ عندَه بعدَ مَوتَيهما.

وعندَهما: يُقضى بمَهر الْمِثلِ، كما في حال الَحياةِ، وعليه الفَتوى.

وإذا مات الزَّوجان وقد سَمّى لها مهرًا: فلوَرَثتها أن يَأخُذوا ذلك من تَركة الزَّوجِ.

وإن لم يكن سَمّى لها مهرًا فلا شيءَ لوَرَثتها عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ.

وعندَهما: لوَرَثتها الْمُسمّى في الوَجه الأوّلِ، ومهرُ الْمِثلِ في الثّاني.

أما الْمُسمّى: فلأنه دَينٌ قد تَأكَّد بالْمَوت، فيُقضى من تَركته، إلا إذا عُرِف أنها ماتَت

---

(١) في (ب): اعتباره بموتهما.

أَوَّلًا، فيَسقُطُ نَصيبُه من ذلك؛ لأنه وَرِث دَينًا على نَفسه.

وأما مهرُ الْمِثلِ: فلأنه وَجَب بنَفس العقدِ، كالْمُسمّى، فكما لا يَسقُطُ الْمُسمّى بعدَ مَوتَيهما.. فكذا مهرُ الْمِثلِ.

وله: أن مهرَ الْمِثلِ يَختلِفُ باختِلاف الأوقاتِ، فإذا تَقادَم العهدُ، وانقَرَض أهلُ ذلك العصرِ.. تَعذرَّ على القاضِي الوُقوفُ على مِقدار مهرِ الْمِثلِ.

وعلى هذا الطَّريقِ: إذا لم يكن العهدُ مُتقادِمًا يُقضى لها بمَهر مِثلِها.

ولأنَّ مهرَ الْمِثلِ من حيث إنه قِيمةُ البُضعِ يُشبِهُ الْمُسمّى، ومن حيث إنه يَجِبُ بغَير شرطٍ يُشبِهُ النَّفقَةَ، فللشَّبَه الأوّلِ لا يَسقُطُ بمَوت أحَدِهما، وللشَّبَه الثّاني يَسقُطُ بمَوتهما؛ لأن ما تَردَّد بينَ الأمرَين يُوفَّرُ حظُّه عليهما.

بَعَث إلى امرَأته شيئًا، فقال: (مهرٌ)، وقالَت: (هَدِيّةٌ): فالقولُ له في غَير الْمُهيّأ للأكل.

وإن بَعَث الزَّوجُ إلى امرَأته شيئًا، فقالَت: (هو هَدِيّةٌ)، وقال الزَّوجُ: (هو من الْمَهر): فالقولُ للزَّوج مع يَمينِه؛ لأنه الْمُملِّكُ، فكان القولُ قولَه في بَيان جِهةِ التَّمليكِ، كما لو أنكَر التَّمليكَ أصلًا.

ولأن الظّاهرَ شاهِدٌ له؛ لأن أداءَ المهرِ واجِبٌ، والإهداءَ تبرُّعٌ، والظّاهرُ أنه يَسعى في إسقاط الواجِبِ عن ذِمّته.

إلا في الطَّعام الْمُهيّإ للأكل، كالخُبز واللَّحمِ، فإن القولَ فيه قولُها، ولا يَكونُ مهرًا بحالٍ؛ لأن الظّاهرَ يُكذِّبُه.

فأما سائِرُ الأموالِ: فقد تَكونُ مهرًا وقد تَكونُ هَدِيّةً، فإليه البَيانُ.

وقِيل: ما يَجِبُ عليه من الخِمار والدِّرعِ وغيرِهما ليس له أن يَحسِبَه من الْمَهر؛ لأن الظّاهرَ مُكذِّبٌ له.

نكَحها بثوبٍ يُساوِي عَشَرةً، فنقَص في يَده سِعرًا: لها ذلك بلا خِيارٍ، وعَينًا[1]: أخذَتْه، أو قِيمتَه يومَ نكَح.

ولو كانَت[2] يومَ نكَح عَشَرةً، ويومَ القبضِ عِشرين، فطُلِّقت قبلَ الوطءِ، وهَلَك الثَّوبُ: رَدَّت عَشَرةً.

فإن تَزوَّجها على ثوبٍ يُساوِي عشَرةَ دَراهِمَ، فانتَقَص سِعرُه إلى ثَمانيةٍ قبلَ القبضِ: لها الثَّوبُ لا غيرُ؛ لأن حقَّ الشَّرعِ يَتأدّى بالعَشَرة وقتَ الوُجوبِ، والبَقاءُ ليس بحقٍّ له، فلم يُعتبَر القدرُ.

ولو كانَت القِيمةُ ثَمانيةً، فصارَت عشَرةً: لها دِرهَمان[3]؛ لأن حقَّ الشَّرعِ لم يَتأدَّ وقتَ الوُجوبِ.

ولو كان يُساوِي مِائةً، فانتَقَص وصار يُساوِي خمسةً.. إن شاءَت أخَذت الثَّوبَ ولا شيءَ لها غيرُه، وإن شاءَت أخَذت القِيمةَ يومَ تَزوَّجها عليه؛ لأنه عيبٌ فاحِشٌ سَماويٌّ، فتُخيَّرُ؛ لعَجزه عن تَسليمه سَليمًا، كالْمَبيع إذا تَعيَّب عندَ البائعِ.

ولو كانَت القِيمةُ عشَرةً يومَ العقدِ، ويومَ القبضِ عِشرين، فهَلَك في يَدها بفِعلها أوْ لا بفِعلها، فطُلِّقت قبلَ الوطءِ: رَدَّت عشَرةً؛ لدُخوله في ضَمانها[4] بالقَبض.

---

(١) أي كان المهر ثوبًا معينًا.

(٢) أي قيمته.

(٣) في (هـ): درهمان وثوبٌ.

(٤) في (د): ضمانه.

هَلَكَ مهرٌ مُعيَّنٌ في يَدِه، واختَلَفا في وَصفه، كقِيمته، أو ذَرْعِه، أو وزنِ الإبرِيقِ[1]: فالقولُ له.

ولو تَزَوَّجها على عبدٍ بعَينه، فمات في يَده، واختَلَفا في قِيمته: فالقولُ للزَّوج؛ لأن هذا اختِلافٌ في الوَصف، فلا يُوجِبُ التَّحالُفَ[2]، والقولُ له؛ لأنه يُنكِرُ الزِّيادةَ.

ولو كان المهرُ ثوبًا، واختَلَفا في قَدْر ذُرعانِه، واتَّفَقا على قِيمة الذُّرعانِ: فالقولُ له مع يَمينِه؛ لأن الذَّرعَ وصفٌ؛ لأنه يَتبيَّنُ به الطُّولُ والعرضُ، وهما صِفتان.

ولهذا لو اشتَرى ثوبًا على أنه عشَرةُ أذرُعٍ، فزاد ذِراعًا: سُلِّمت له الزِّيادةُ، كما لو اشتَرى على أنه رديءٌ، فإذا هو جيِّدٌ، فلا يَتحالَفان[3].

وكذا لو تَزَوَّجها على إِبريقِ فِضّةٍ بعَينها[4]، ثم اختَلَفا في وَزنه أو جَودتِه: فالقولُ له إجماعًا.

أما في الجَودة: فظاهِرٌ، وكذا في الوَزن؛ لأنه فيما[5] يَضُرُّه التَّبعيضُ كوصفٍ من أَوصافه؛ لأنه يُوجِبُ نُقصانًا فيه، حتى لو اشتَرى إبريقَ فِضّةٍ على أن وزنَه مِائةٌ، فإذا هو مِائتا دِرهَمٍ: فالزِّيادةُ للمُشتَري، ولهذا لا يَتحالَفان[6] في البَيع.

---

(١) الإبريق: بكسر الهمزة: الكُوز إذا كان له خرطوم، فإن لم يكن له خرطوم: فهو كوب، وقيل: الإبريق ذوات الآذان والعُرا، والكوب ما لا أُذُن له ولا عُروة. «المشارق» ١/ ١٢.

(٢) في (هـ) و(ز): التخالف.

(٣) في (هـ): فلا يتخالفان.

(٤) في (ب) و(هـ): بعينه.

(٥) في (هـ): ما، وفي (ز): مما.

(٦) في (هـ) و(و): لا يتخالفان.

ولو اختلَفا في جِنسه، أو قَدْرِه، أو وصفِ الدَّينِ: حُكِّم مهرُ الْمِثلِ.

ولو قالَت: (تزَوَّجتني على عَبدك الأبيضِ)، وقال: (بل على عَبدي الأسودِ): تَحالَفا[1]، وإن كان العبدُ ميْتًا: حُكِّم مهرُ الْمِثلِ.

وكذا لو اختلَفا في كَيل الصُّبرةِ، ووزنِ الفِضّةِ، أو المائةِ البِيضِ والْمِائةِ السُّودِ.

ولو تزَوَّجها على صُبرةٍ بعَينها، فضاعَت، واختلَفا في الجَودة والكيلِ: ففي الكَيل القولُ لها إلى مَهر الْمِثلِ، وفي الجَودة له.

نكَحها على أبِيها[2]، فاستُحِقّ[3]: لها قِيمتُه، فلو مَلَكه قبلَ القَضاءِ بها تَعيَّن، ولا تَملِكُه قبلَه، فنَفَذ عَتْقُه فيه دونَها، بعَكس تَنصُّفِ الوَصيفِ.

تَزوَّج امرَأةً على أبِيها: صحَّ، وعتَق الأبُ بِملكها.

فإن استُحِقَّ الأبُ من يَده: عليه قِيمتُه؛ لأن التَّسميةَ صَحَّت، وقد عَجز عن ردِّه، فيَجِبُ ردُّ قِيمتِه.

فإن مَلَكه الزَّوجُ قبلَ القَضاءِ بالقِيمة أُمِر بتَسليمه؛ لقُدرته على تَسليم عَينِ ما وَجب بالعَقد، وليس لها أن تَمتنِعَ من القَبول.

---

(١) في (هـ) و(و): تخالفا.

(٢) أي جعل مهرها أباها العبد.

(٣) أي ظهر له مالك آخر.

والاستحقاق: هو طلب الحق، أي ظهور كون الشيء حقًّا واجبًا للغير، والمستَحَقّ: ما كان حقًّا للغير. «التعريفات الفقهية» ص٢٤.

وخيار الاستحقاق: سببه ظهور بعض المبيع مستحَقًّا للغير، كأنْ كان مسروقًا أو مبيعًا بعقد سابق أو نحو ذلك. «لغة الفقهاء» ص٢٠٢.

ولا يَعتِقُ حتى يُقضى لها؛ لأن الواجِبَ هو القِيمةُ.

وإنما أُمِر بتَسليم الأبِ: لأنه أعدلُ.

فلو تَصرَّف فيه بعَتقٍ وغيرِه قبلَ أن يُقضى: نَفَذ؛ لأن مِلكَها لا يَثبُتُ إلا بالقَضاء.

فإن قُضِي لها بالقِيمة عندَ الاستِحقاقِ، ثم اشتَرى: ليس لها أن تُطالِبَ بتَسليم الأبِ؛ لأن الحقَّ انتَقَل من العَين إلى القِيمة بالقَضاء.

وهو عكسُ تَنصُّفِ الوَصيفِ[1]، أي لو تَزوَّج امرَأةً على عبدٍ، وسَلَّمه إليها، فطُلِّقت قبلَ الدُّخولِ بها: يَبقى على مِلكها، فيَنفُذُ إعتاقُها في كلِّه، ولا يَنفُذُ إعتاقُه فيه إلا بقَضاءٍ أو رِضًا.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عاد نِصفُه إلى مِلكه بمُجرَّد الطَّلاقِ، حتى لو أعتَقاه نَفَذ إعتاقُ كلٍّ منهما في نِصفه؛ لأن الطَّلاقَ قبلَ الدُّخولِ يُنصِّفُ المهرَ، فيَعودُ نِصفُه إلى مِلكه، كما لو لم يكن مَقبوضًا.

ولنا: أن مِلكَها كان ثابِتًا فيه من كلِّ وجهٍ بعدَ القبضِ، وبالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ يَجِبُ نِصفُه، فلا يَنتقِص إلا بقَضاءٍ أو بِرضا، كالْمِلك في الْمُشترَى شِراءً فاسِدًا.

نكَحها على عَتقِ أخِيها، أو طَلاقِ فُلانةَ، أو قَوَدٍ[2] عليها[3]، وقبِلَت: وَجَب مهرُ الْمِثلِ، وعَتَق، وطَلُقت رَجعيّةً[4]، وسَقَط القَوَدُ.

---

(١) في (هـ): الوصف.

(٢) القَوَد: هو قتل القاتل بمن قتله، يقال: أقاده الحاكم، واستقاد من قاتل وليه. «المشارق» ٢/ ١٩٤.

(٣) أي على المرأة التي يريد زواجها.

(٤) الطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي لا يُحَرِّمُ الوطء في العدة، وذلك بلفظ الصريح، واحدًا أو اثنين، من غير لفظ الشدة والبينونة. «التعريفات الفقهية» ص١٣٧.

وإن تَزوَّجها على عَتق أخِيها، أو على طَلاق فُلانةَ، أو على قِصاصٍ له عليها، فقَبِلت: صحَّ النّكاحُ؛ لأنه لو تَزوَّجها بلا مهرٍ يَجوزُ، فكذا إذا تَزوَّجها على ما لا يَصلُحُ مهرًا، ويَجِبُ مهرُ الْمِثلِ؛ لأن النّكاحَ ما شُرِع بلا مهرٍ، وما سُمِّي لا يَصلُحُ مهرًا؛ لعَدَم الماليّةِ، فيَجِبُ مهرُ الْمِثلِ.

وعَتَق أخُوها، وطَلُقت فُلانةُ رَجعيّةً، وسَقَط القِصاصُ؛ لأن هذه الأحكامَ يَتعلَّق ثُبوتُها بالقَبول، وقد وُجِد.

وإنما تَطلُقُ رَجعيّةً وإن ثَبَتت صُورةُ الْمُقابَلةِ: لأن الْمُقابَلةَ لم تُوجَد حَقيقةً.

والأصلُ في صَريح الطَّلاقِ أن يَكونَ رَجعيًّا، وإنما يَصيرُ بائِنًا عندَ حَقيقةِ مُقابَلةِ المالِ، فإذا لم تُوجَد حَقيقةُ الْمُقابَلةِ عاد الأمرُ إلى الأَصل.

وعلى عَتْق أخِيها عنها، وقَبِلَت: صَحَّت التَّسمِيةُ، وعَتَق قَرابةً[1].

ولو تَزوَّجها على عَتق أخِيها عنها، فقَبِلت: صحَّ النّكاحُ، وصارَت رَقَبةُ الأخِ مِلكًا لها مهرًا؛ لأن العَتقَ عنها لا يَكونُ بدُون ثُبوتِ الْمِلكِ لها، فاقتَضى التَّمليكَ منها، وعَتَق الأخُ عليها بالقَرابة.

ولا يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ؛ لوُجوب الْمُسمّى.

وعلى أن يُعتِقَ أخاها عنها، وعلى مِائةٍ، وقَبِلَت[2]: صَحَّت، وعَتَق قَرابةً.

وإن تَزوَّجها على أن يُعتِقَ أخاها عنها، وعلى مِائة دِرهَمٍ، فقَبِلت: صحَّ النّكاحُ، وصار الأخُ والْمِائةُ مِلكًا لها مهرًا، وعَتَق الأخُ عليها قَرابةً.

---

(١) أي عتق مباشرةً بسبب القرابة.

(٢) في (ع): وعلى أن يعتق أخاها عنها وقبلت وعلى مائةٍ وقبلت.

وفي الأجنَبيّ[1]: تَملِكُه، وهو وَكيلٌ عنها في عَتْقه حتى تَعزِلَه[2].

وإن كان العبدُ أجنبيًّا عنها لا يَعتِقُ، وصار مِلكًا لها مهرًا، ويَكونُ الزَّوجُ وَكيلًا عنها في الإعتاق، إلا إذا عزلَتْه.

وعلى أن يُعتِقَ أَخاها، وعلى مِائةٍ: فمهرُها مِائةٌ إن أعتَق، وإلا كَمَّل مهرَ الْمِثلِ.

وإن تَزوَّجها على مِائةِ دِرهَمٍ، وعلى أن يُعتِقَ أَخاها، ولم يَقُل: (عنها): فمهرُها مِائةُ دِرهَمٍ لا غيرُ إن وفَى بالشَّرط وأعتَق أَخاها، وإن لم يَفِ بالشَّرط يُكمِّلُ[3] مهرَ مِثلِها؛ لأنها إنما رَضِيَت بنُقصان مهرِ مِثلِها بشرطٍ مَرغوبٍ فيه، فعندَ فَواتِه يُكمَّلُ.

وفي الأجنَبيّ: لها الْمِائةُ فقط.

ولو كان العبدُ أجنبيًّا عنها، والْمَسألةُ بحالها: ليس لها إلا الْمِائةُ؛ لأن شرطَ إعتاقِ العبدِ الأجنَبيِّ ليس بمَرغوبٍ، فلا يُفيدُ، فصار لغوًا، وصار كأنه تَزوَّجها بمِائة دِرهَمٍ لا غيرُ.

قال لأمته: (أعتَقتُكِ[4] على أن تُزوِّجيني نفسَكِ)، أو لحُرّةٍ: (عَفوتُ عنكِ على أن تُزوِّجيني نفسَكِ)، وقَبِلَت: عَتَقت، وسَقَط القَوَدُ، ولا تُجبَرُ، وعليها قِيمتُها في العَتَق،

---

(١) الأجنبي: الغريب، من ليس له علاقة بالشيء. الغريب عنه.

الأجنبي عن الوطن: من ليس من أهله.

الأجنبي عن المرأة: من ليس لها بزوج ولا محرم.

الأجنبي عن العقد: من ليس من أطرافه. «لغة الفقهاء» ص٤٤.

(٢) أي عن الوكالة.

(٣) في (هـ): ويكمل، وفي (و): لكمل، وفي (ز): فكمل.

(٤) في (ع): أعتقك.

والدِّيَةُ[1] في العَفو إن أبَت.

ولو أعتَق أمتَه على أن تُزوِّجَ نفسَها منه، أو قال لحُرَّةٍ: (عَفوتُ عنكِ عن الدَّم على أن تُزوِّجيني نفسَكِ)، فقبِلت: عَتَقت الأمةُ، وسَقَط القوَدُ؛ لوُجود الشَّرطِ، وهو القَبولُ.

ولا تُجبرُ على التَّزويج؛ لأنها حُرَّةٌ، فلا تُجبرُ على النِّكاح وإن التَزمت؛ لأن النِّكاحَ لا يَجِبُ بالالتِزام.

لكنها إن وفَت بالشَّرط وزَوَّجت نفسَها منه: فلها مهرُ مِثلِها إن لم يُسَمِّ لها مهرًا عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا شيءَ لها، ويَكونُ عَتقُها صَداقَها؛ لما رُوِي أنه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أعتَق صَفِيَّةَ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهَا وتَزوَّجها، وجَعَل عَتقَها صَداقَها[2].

ولنا: أن النِّكاحَ لم يُشرع إلا بمالٍ يُستحَقُّ بالنِّكاح، والرَّقَبةُ ما سَلِمت لها بالنِّكاح؛ لأن الثّابتَ بالنِّكاح لا يُستحَقُّ قبلَ النِّكاحِ؛ إذ المَعلولُ لا يَتقدَّمُ على العِلّة، والعَتقُ هنا ثابِتٌ قبلَ النِّكاحِ.

وحَديثُ صَفِيَّةَ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهَا لا يَلزَمُ؛ لأنه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ كان مَخصوصًا بالنِّكاح بلا مهرٍ[3]، ....

---

(١) الدية: المال الذي هو بدل النفس، هكذا عبر بعضهم، وقيل: الدية المال الواجب بالجناية على الجاني في نَفس أو طَرَف أو غيرهما. «التوقيف» ص١٦٩.

(٢) رواه البخاري (٥٠٨٦)، ومسلم (١٣٦٥).

(٣) قال الطحاوي في «معاني الآثار» ٣/ ١٨: الله عَزَّوَجَلَّ أباح لرسوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ ملك البضع بغير صداق، ولم يجعل ذلك لأحد غيره، قال الله عَزَّوَجَلَّ: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

ولأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمهرها مهرًا جديدًا، كذا روت صَفِيّةُ رَضِيَ اللهُ عَنها[1].

وإن لم تَفِ بالشَّرط فعليها قِيمةُ نفسِها في العَتق، والدِّيَةُ في العَفو؛ لأنه إنما رَضِي بسُقوط الدَّمِ، والعَتقُ بشرطٍ مَرغوبٍ فيه، فعندَ فَواتِه يُصارُ إلى قِيمة هذه الأشياءِ.

وكذا في حُرّةٍ تَقولُ لعَبدها: (نكَحتُكِ على أن أُعتِقَكِ)، أو (عَتْقِكِ)[2]: بَطَل.

وكذا الحُرّةُ إذا قالَت لعَبدها: (أعتَقتُك[3] على أن تَتزوَّجني)، فقَبِل[4]: عَتَق العبدُ، ولا يُجبرُ على النِّكاح.

فإن لم يَتزوَّج تَجِبُ عليه السِّعايةُ في قِيمته، وإن تَزوَّجها لا شيءَ عليه؛ لسَلامة الشَّرطِ.

قال لأَمته: (تَزوَّجتُكِ على أن أُعتِقَكِ)، أو: (على عَتقكِ): بَطَل؛ لأن التَّزوُّجَ صادَفَ الأمةَ.

تحتَ كلٍّ منهما أمةُ صاحِبه، فقال: (طَلِّقها على أن أُطلِّقَ أمتَك)، أو (أُزوِّجَ أُخرى)، ففَعَل: طَلُقت، ولا يُجبرُ، ولا شيءَ إن لم يَفِ.

رَجُلان تحتَ كلِّ واحِدٍ منهما أمةُ صاحِبِه، فقال أَحَدُهما للآخَر: (طَلِّق أَمتي

---

(١) روى الطبراني ٢٤/ ٢٧٧ والبيهقي (١٣٧٤٥) عن أمة الله بنت رزينة، عن أمها رزينة قالت: لما كان يوم قريظة والنضير جاء رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بصفية بنت حيي وذراعها في يده، فلما رأت السبي قالت: أشهد أن لا إله إلا الله، وأنك رسول الله، فأرسل ذراعها من يده، وأعتقها، وخطبها، وتزوجها، وأمهرها رزينة.

(٢) في (م): عتقتك.

(٣) في (ب): أعتقك.

(٤) في (هـ): فقيل.

على أن أُطلِّقَ أمتَك)، أو (على أن أُزوِّجَكَ أمةً أُخرى)، ففعَل: وَقَع الطَّلاقُ، ولا يُجبرُ صاحِبُه على التَّطليق والتَّزويجِ، وإذا لم يَفِ بالشَّرط لا شيءَ عليه..

بخِلاف ما مرّ؛ لأن العبدَ والأمةَ مالٌ مُتقوَّمٌ، والبُضعُ عندَ النِّكاحِ مُتقوَّمٌ، والقِصاصُ في حقِّ من عليه مُتقوَّمٌ متى[1] قُوبِل بالمال، ولهذا يُعتبرُ صُلحُ الْمَريضِ عن دمٍ عليه من كلِّ المالِ.

فعندَ عدَمِ الوَفاءِ بالشَّرط يُصارُ إلى قِيمة هذه الأشياءِ؛ لتَعذُّر الوُصولِ إلى عَينها.

والبُضعُ عندَ الطَّلاقِ ليس بمُتقوَّمٍ، فلا يَجِبُ شيءٌ، حتى يُعتبرُ خُلعُ الْمَريضةِ من الثُّلُث؛ لأنها تَبرَّعت حيث بَذَلت[2] المالَ بمُقابَلة ما ليس بمالٍ.

وكذا الأبُ لو خالَع صَغيرتَه[3] بمالها: لم يَصِحَّ[4]؛ لكَونه تبرُّعًا، ولا يَملِكُ الأبُ ذلك.

ولو صالَح[5] الأبُ عن دمٍ للصَّغير[6] على رَجُلٍ على الدِّيَة[7]: صحّ؛ لأنه لو باع مالَه بمِثل القِيمةِ صحّ، فالقِصاصُ أَولى.

قالَت: (أعتَقتُكَ على أن تَنكِحَني بألفٍ)، فقَبِل: عتَق، ولا يُجبرُ، فلو نكَحها بألفٍ: قُسِم على قِيمته ومهرِ الْمِثلِ، وإلا عليه القِيمةُ.

---

(١) في (ج) و(د): حتى.

(٢) في سوى (أ) و(ب) و(هـ): بدلت، وضبطت في (ج): بدّلت.

(٣) في (هـ): عن صغيرته.

(٤) في (ب): لم يجز.

(٥) في (د): خالع.

(٦) في (ب) و(هـ): الصغير.

(٧) في (د): الذمة.

امرَأةٌ قالَت لعَبدها: (أعتقتُك على أن تتزوَّجني[1] بألفٍ)، فقبِل العبدُ: عتَق، ولا يُجبَرُ على التَّزوُّج[2]، فإن تزوَّجها بألفٍ يُقسَمُ الألفُ على قِيمة العبدِ وعلى قِيمة بُضعِها، وهو مهرُ المِثلِ؛ لأن الألفَ قُوبِل ببُضعها ورَقَبةِ العبدِ، فإن استَوت قِيمتُهما صار نِصفُ الألفِ مهرًا، والنِّصفُ الآخرُ بدَلَ العبدِ.

فلو طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ يُنصَّفُ النِّصفُ المهرُ، لا النِّصفُ الذي هو بدَلُ العبدِ.

وإن لم يَتزوَّجها يَجِبُ عليه النِّصفُ الذي هو بدَلُ العبدِ، ويُكمِّلُ إلى تَمام القِيمةِ؛ لأنها إنما رَضِيَت بالنُّقصان بشرطٍ مَرغوبٍ، فإذا فات يَجِبُ تَمامُ القِيمةِ.

تحتَه أمةٌ، نكَح بها حُرّةً بإذن سَيِّدِها، أو أمَره به، أو اشترَى بها بإذنه: صحّ، وملَكتْها، وعليه قِيمتُها، ولا يَفسُدُ نِكاحُها.

حُرٌّ تحتَه أمةٌ، تزوَّج على رَقَبتها حُرّةً بإذن سيِّدِها، أو أمَر سيِّدَها أن يُزوِّجَ[3] له حُرّةً على رَقَبتها، أو اشترَى الزَّوجُ من الحُرّة عبدًا بهذه الأمةِ بإذن سيِّدِها: صحَّ النِّكاحُ والشِّراءُ، وصارَت الأمةُ مِلكَ الحُرّةِ مهرًا بالنِّكاح، أو عِوَضًا عن العَبد بحُكم الشِّراءِ، وللمَولى على الزَّوج القِيمةُ.

ولا يَفسُدُ نِكاحُ الزَّوجِ في الأمة؛ لأن الزَّوجَ وإن صار مُستقرِضًا الأمةَ من المَولى.. لكن لم يَملِكها؛ لعَدَم القبضِ، ولئن ملَكها فمِلكُه إيّاها غيرُ مُتقرِّرٍ، فلا يَفسُدُ به النِّكاحُ، كالوَكيل بالشِّراء اذا اشترَى مَنكوحتَه للمُوكِّل.

فإن قِيل: استِقراضُ الحيَوانِ لا يَجوزُ، فكيف يُجعَلُ الزَّوجُ مُستقرِضًا؟

---

(١) في (د) و(و): تزوجني.

(٢) في (هـ) التزويج، وفي (و): الزوج.

(٣) في (ج): يتزوج، وفي (هـ): تزوج.

قُلنا: هذا استِقراضٌ ثَبَت ضِمنًا للنّكاح والبيعِ لا قصدًا، وكم من شيءٍ يَثبُتُ ضِمنًا ولا يَثبُتُ قصدًا، والقبضُ وُجِد؛ لأن الْمَرأةَ تَصيرُ قابِضةً للزّوج أوّلًا ثم لنفسه[1].

فإن مَلَكها، أو نِصفَها: فَسَد بالقَبض، ورَدَّها في الكلّ، وخُيِّر في البَعض قبلَ القَضاءِ، وبعدَه تَسلَمُ له، كعَودها إليه بسَببٍ جَديدٍ، ونَفَذ تَصرُّفُه فيها قبلَ الرَّدِّ، لا تَصرُّفُ مَولاها.

فإن عادَت الأمةُ إلى الزَّوج بردّة[2] الحُرّةِ، أو انتِقاصِ[3] البيعِ، أو نِصفُها بالطّلاق قبلَ الدُّخولِ، وقَبَضها الزَّوجُ: فَسَد النّكاحُ الآنَ؛ لأنه مَلَكها بالقَبض بالاستِقراض السّابقِ، والمانعُ مِلكُ الحُرّةِ، وقد زال.

ولو لم يَقبِضها لا يَفسُدُ النّكاحُ؛ لأن الصَّداقَ الْمَقبوضَ[4] لا يَعودُ إلى مِلك الزَّوجِ بنَفس الفُرقةِ قبلَ الدُّخولِ، وإنما يَعودُ بالقَضاء أو بالرَّدِّ بالرِّضا[5].

ثم يَرُدُّ الزَّوجُ عَينَ الأمةِ إلى الْمَولى إن لم يُقضَ عليه بالقِيمة؛ لأن القرضَ يُوجِبُ[6] ردَّ عَينِ الْمَقبوضِ إن قَدَر.

وإن قُضِي عليه بالقِيمة لم يكن للمَولى على الأَمة سَبيلٌ؛ لأن حقَّه انتَقَل من العَين إلى القِيمة بالقَضاء، كالعَبد الْمَغصوبِ إذا أبَق من الغاصِب ثم عاد قبلَ القَضاءِ بالقِيمة.. يَعودُ على مِلك المالِكِ، وإن عاد بعدَ القَضاءِ بالقِيمة يَعودُ على مِلك الغاصبِ.

ثم إذا عاد نِصفُ الأمةِ إلى الزَّوج بالطّلاق قبلَ الدُّخولِ: فالْمَولى بالخِيار، إن

(١) في (ج) و(هـ) و(ز): لنفسها.

(٢) في (هـ): ترده.

(٣) في (ز): انتقاض.

(٤) في (هـ): الطلاق المنصوص.

(٥) في (هـ): بالقضاء بالرد أو بالرضا.

(٦) في (هـ): لا يوجب.

شاء أخَذ نِصفَ الأمةِ ونِصفَ القِيمةِ من الزَّوج، وإن شاء تَرَك الأمةَ عليه، وأخَذ منه كلَّ القِيمةِ؛ لأنها تَعيَّبت[1] بعَيب الشِّرْكةِ؛ إذ الشِّرْكةُ في الأَعيان الْمُجتمِعةِ عَيبٌ، فله أن لا يَرضى به.

وإن عادَت الأمةُ إلى الزَّوج بسببٍ جَديدٍ، كالهِبة والشِّراءِ، لا بانتِقاض النِّكاحِ والبيعِ: لا سَبيلَ للمَولى عليها؛ لأن الْمَوهوبَ غيرُ[2] الْمَمهورِ حُكمًا؛ لأن اختِلافَ الأسبابِ يَنزِلُ مَنزِلةَ اختِلافِ الأعيانِ، كما في قِصّة بَريرةَ[3].

فلو لم يَرُدَّها الزَّوجُ إلى الْمَولى في الْمَسألة الأُولى، ولم يُقضَ عليه بالرَّدّ، لكن أعتَقَها، أو دَبَّرها، أو استَولَدها: صحّ، وتَقرَّر حقُّ الْمَولى في القِيمة؛ لأنها مِلكُ الزَّوجِ قبلَ القَضاءِ وقبلَ الرَّدِّ إلى الْمَولى، فنَفَذ تَصرُّفُه؛ لقِيام الْمُطلَقِ، وهو الْمِلكُ.

ولو أعتَق[4] الْمَولى وهي في يَد الزَّوجِ قبلَ القَضاءِ بالرَّدّ، أو باعَها، أو وَهَبها، ثم قُضِي له بها: لم يَنفُذ شيءٌ من ذلك؛ لأنه لم يَملِكها قبلَ القَضاءِ؛ وهذا لأن الثّابتَ له حقُّ التَّملُّكِ[5]، وحقُّ التَّملُّكِ لا يَكفي للنَّفاذ.

ولو كانَت مَحرَمةً[6]: فالعَتقُ عليه، كفَساد نِكاحِه.

وإن لم تكن الأمةُ مَنكوحةً للزَّوج، لكنها ذاتُ رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، فتَزوَّج على رَقَبتها حُرّةً، أو اشتَرى بها عبدًا بإذن مَولاها: فالعَتقُ هنا نَظيرُ فَسادِ النِّكاحِ ثَمّ، فكلُّ مَوضِعٍ

(١) في (ب): تعينت.

(٢) في (ب): عين.

(٣) في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِمَا جاءت به: «هو لها صدقة ولنا هدية»، وقد تقدم.

(٤) في (هـ): أعتقها.

(٥) في (هـ): التمليك.

(٦) في (ن) و(ف): محرمه.

فَسَد النِّكاحُ ثَمَّ تَعتِقُ هنا، وإلا لا؛ لأن عَتْقَ القَريبِ وفَسادَ النِّكاحِ يَتعلَّقان بمِلك الرَّقَبةِ.

أَمَره أن يُزوِّجَه حُرّةً، فأمهَرها: لا تَعتِقُ، ولا يَفسُدُ، ولا شيءَ عليه، وتَرجِعُ إلى مِلك مَولاها بالفَسخ.

ولو أمَر الزَّوجُ مَولى الأمةِ أن يُزوِّجَ له حُرّةً، ولم يَقُل: (على رَقَبة هذه الأمةِ)، فزَوَّج له حُرّةً على رَقَبة هذه الأمةِ: جاز، وصارَت الأمةُ مِلكًا للحُرّة مهرًا.

ولا شيءَ للمَولى على الزَّوج؛ لأنه مُتبرِّعٌ في إمهارِها، حتى لو انتَقَض النِّكاحُ قبلَ الدُّخولِ أو البيعِ هنا: تَعودُ الأمةُ إلى مِلك الْمَولى دونَ الزَّوجِ، ولا يَفسُدُ النِّكاحُ، ولا تَعتِقُ؛ لأن الزَّوجَ لم يَملِكها.

وهذا لأن من تَبرَّع بقَضاء دَينِ الغيرِ، ثم انفَسَخ ذلك القَضاءُ: فإنَّ ما تَبرَّع به يَعودُ إلى مِلك الْمُتبرِّعِ لا إلى مِلك الْمَديونِ؛ لأنه تَبرَّع عليه بسُقوط الدَّينِ عن ذِمّته لا بالتَّمليك منه.

تَزوَّج امرَأةً، وثِنتَين، وثَلاثًا، في عُقَدٍ، ولم يُدْرَ[1] تزوُّجُهنّ[2]، ومات قبلَ البَيانِ: فللواحِدة مُسمّاها، وللثِّنتَين مهرٌ، وللثَّلاث مهرٌ ونِصفٌ، وإرثُها سَبعةٌ من أربَعةٍ وعِشرين، والباقِي بينَ الثَّلاثِ والثِّنتَين أنصافًا(س م).

رَجُلٌ تَزوَّج امرَأةً في عُقدةٍ، وثِنتَين في عُقدةٍ، وثَلاثًا في عُقدةٍ، ولا يَعلَمُ كيف تَزوَّجهنَّ، ومات قبلَ الوطءِ والبَيانِ.. ففي الْمَسألة بَيانُ حُكمِ المهرِ والْمِيراثِ والعِدّةِ.

أما المهرُ: فللواحِدة ما سُمِّي لها من الْمَهر كامِلًا؛ لأن نِكاحَها صَحيحٌ بيَقينٍ، وللثَّلاث مهرٌ ونِصفٌ بينَهنّ، وللثِّنتَين مهرٌ واحِدٌ بينَهما؛ لأن الثَّلاثَ إن صَحَّ نِكاحُهنَّ

(١) في (س) و(ع): ولا يعلم.

(٢) اي أوقات تزوجهن.

فلهن ثَلاثةُ مُهورٍ، وإن لم يَصِحَّ فلا شيءَ لهنَّ، فلهنَّ نِصفُ ذلك، وهو مهرٌ ونِصفٌ.

وأما الثِّنتان.. فإن صحَّ نِكاحُهما: فلهما مَهران، وإن لم يَصِحَّ: فلا شيءَ لهما، فلهما نِصفُ ذلك، ونِكاحُهما يَصِحُّ في حالٍ دونَ حالٍ، فلهما مهرٌ واحِدٌ.

وأما المِيراثُ: فللواحِدة سَبعةُ أسهُمٍ من أربَعةٍ وعِشرين من مِيراث النِّساءِ، وهو رُبُعٌ أو ثُمُنٌ؛ لأن نِكاحَها صَحيحٌ بكلِّ حالٍ، تَقدَّم أو تأخَّر أو تَخلَّل.

فإن صحَّ مع الثَّلاثِ فلها رُبُعُ مِيراثِ النِّساءِ.

وإن صحَّ مع الثِّنتَين فلها الثُّلُثُ، فالرُّبُعُ ثابِتٌ بيقينٍ، وما زاد عليه إلى الثُّلُث ثَبَت في حالٍ دونَ حالٍ، فيَتنصَّفُ، فيَحتاجُ إلى حِسابٍ له ثُلُثٌ ورُبُعٌ، وذلك اثنا عشَرَ، فيَتنصَّفُ السَّهمُ الزّائدُ على الرُّبُع إلى الثُّلُث، فانكَسر، فيُضعَّفُ الحِسابُ، فصار أربَعةً وعِشرين.

وما بَقِي -وهو سَبعةَ عشَرَ سهمًا- بينَ الفَريقَين الآخَرين نِصفَين؛ لاستِوائهما في عِلّة الاستِحقاقِ؛ لأن كلَّ فَريقٍ مُستحِقٌّ إذا كان سابِقًا، مَحرومٌ إذا كان مَسبوقًا، فيَستوِيان في الاستِحقاق.

وإذا تَنصَّف الباقِي يَقعُ الكسرُ ضَرورةً، فضَعَّفنا المَجموعَ، فصار ثَمانيةً وأربَعين، للواحِدة من ذلك أربَعةَ عشَرَ، ولكلِّ فَريقٍ سَبعةَ عشَرَ، فنطلُبُ بينَ السِّهامِ والرُّؤوسِ الاستِقامةَ أو المُوافَقةَ أو المُبايَنةَ، فاستَقامت أربَعةَ عشَرَ على الواحِدة، ولم يَستقِم سَبعةَ عشَرَ على الثِّنتَين، وكذا على الثَّلاث.

ولا مُوافَقةَ بينَ ذلك أيضًا، فحَصَل معنا[1] اثنان وثَلاثةٌ، فنَطلُبُ بينَ الرُّؤوسِ والرُّؤوسِ التَّماثُلَ والتَّداخُلَ والتَّوافُقَ والتَّبايُنَ، فوَجَدنا بينَهما مُبايَنةً، فنَضرِبُ ثَلاثةً في اثنَين، فصار سِتّةً، ثم نَضرِبُ سِتّةً في ثَمانيةٍ وأربَعين، فتَصيرُ مِائتَين وثَمانيةً وثَمانين،

(١) في (ب): منها.

وهو تَصحيحُ الْمَسألةِ، وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

أما عندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: فللثِّنتَين ثَمانيةٌ، لكلِّ واحِدةٍ أربَعةٌ، وللثَّلاث تِسعةٌ، لكلِّ واحِدةٍ ثَلاثةٌ.

واختَلَف تَخريجُهما: أما أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فيَعتبِرُ الْمُنازَعةَ، ويَقولُ: لا مُنازَعةَ للثِّنتَين في السَّهم السّابعَ عشَرَ؛ لأنهما لا تَدَّعيان إلا ثُلُثَي الْمِيراثِ: سِتّةَ عشَرَ، فالسَّهمُ السّابعَ عشَرَ سَلِم للثَّلاث؛ لأنهن يَدَّعينه؛ لأنهن يَدَّعين ثَلاثةَ أرباعِ الْمِيراثِ: ثَمانيةَ عشَرَ.

بَقِي سِتّةَ عشَرَ سهمًا بينَهما، استَوت مُنازَعتُهما في ذلك، فيَكونُ بينَهما نِصفان، فحَصَل للثَّلاث تِسعةٌ، وللثِّنتَين ثَمانيةٌ.

وأما محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فيَعتبِرُ الحالَ، ويَقولُ: إن صحَّ نِكاحُ الثِّنتَين فلهما ثُلُثا الإرثِ: سِتّةَ عشَرَ، وإن لم يَصِحَّ فلا شيءَ لهما، فلهما نِصفُ ذلك ثَمانيةٌ.

والثَّلاثُ إن صحَّ نِكاحُهنَّ: فلهن ثَلاثةُ أرباعِ الْمِيراثِ: ثَمانيةَ عشَرَ، وإن لم يَصِحَّ: فلا شيءَ لهنّ، فلهنَّ نِصفُ ذلك تِسعةٌ.

فاتَّفَق الجَوابُ، واختَلَف التَّخريجُ.

وأما العِدّةُ: فعليهنَّ عِدّةُ الوَفاةِ احتياطًا.

نكَحها وابنتَيها في عُقَدٍ، ومات قبلَ البَيانِ: فنِصفُ المهرِ والإرثِ للأُمِّ، والنِّصفُ(س م) للبِنتَين.

وإن تزوَّج امرأةً وابنتَيها بثَلاثة عُقودٍ، ومات، ولم تُدرَ الأُولى منهن: فلهنَّ مهرٌ واحِدٌ؛ لأن الصَّحيحَ نِكاحُ الواحِدةِ، وهي السّابقةُ منهنَّ أيّةً كانت.

ثم عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: نِصفُ هذا المهرِ للأُمّ، ونِصفُه للبِنتَين بينَهما نِصفان، وكذا الْمِيراثُ نِصفُه للأُمّ، ونِصفُه للبِنتَين بينَهما نِصفان.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: المهرُ والْمِيراثُ يُقسَمُ بينَهنَّ أثلاثًا؛ لأن حُجّةَ كلِّ واحِدةٍ مِثلُ حُجّةِ صاحبتِها، على مَعنى أنه إن تَقدَّم نِكاحُها استَحقَّت ذلك، وإن تأخَّر فلا شيءَ لها.

والْمُساواةُ في سَبَب الاستِحقاقِ تُوجِبُ الْمُساواةَ في الاستِحقاق.

وله[1]: أنّا تَيقَّنّا ببُطلان نِكاحِ إحدى البِنتَين، فلا تُزاحِمُ الأُمُّ إلا إِحدى البِنتَين، فكان لها نِصفُ المهرِ ونِصفُ الإرثِ.

وقد استَوت في النِّصف الآخرِ حالُ البِنتَين؛ لأنه ليست إِحداهما بتَعيين[2] بُطلانِ نِكاحِها بأَولى من الأُخرى، فكان بينَهما نِصفان.

الرَّهنُ بمَهر الْمِثلِ رهنٌ بالْمُتعة(س).

الرَّهنُ بمَهر الْمِثلِ رهنٌ بالْمُتعة، خِلافًا لأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن الْمُتعةَ دَينٌ حادِثٌ، وليس ببدَلٍ عن مَهر الْمِثلِ؛ لأنها لا تُماثِلُه؛ إذ الْمُتعةُ ثِيابٌ، ومهرُ الْمِثلِ نُقودٌ، والْمَحبوسُ بدَينٍ لا يَكونُ مَحبوسًا بدَينٍ آخرَ.

ولهما: أن الْمُتعةَ خلَفٌ عن مَهر الْمِثلِ؛ لأنها تَجِبُ عندَ سُقوطِ مهرِ الْمِثلِ بالسَّبَب الذي به يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ، وهو النِّكاحُ.

وهذا حدُّ الأصلِ والخلَفِ.

والرَّهنُ بالشَّيء رهنٌ بخَلَفه، كرَهن الغصبِ رهنٌ بقِيمته، والرَّهنُ بالْمُسمّى

(١) في (د): ولنا.

(٢) في (ج): بمتعين، وفي (و): بتعين.

رهنٌ[1] بنِصفه.

نكَح سِرًّا، ثم عَلانِيَةً: يَجِبُ مهرُها(س)[2].

تَزوَّجها على مهرٍ في السِّرِّ بشَهادة شاهِدَين على ألفٍ، ثم تَزوَّجها في العَلانِيَة بألفَين: فمهرُها أَلفا دِرهَمٍ، ويَكونُ هذا زِيادةً في الْمَهر عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: المهرُ هو الأوَّلُ، وهو الألفُ؛ لأن العقدَ الثّاني لغوٌ، فكذا الزِّيادةُ الْمَذكورةُ فيه.

ولهما: أنه قَصَد شيئَين، وقد بَطَل أحَدُهما لمانِعٍ، وهو إثباتُ الثّابتِ، فلا يَبطُلُ الآخرُ، وهو الزِّيادةُ.

ويُنصَّفُ(م) المهرُ لو أذهَب عُذرتَها[3] دفعًا[4].

ويُنصَّفُ المهرُ لو أذهَب عُذرتَها دفعًا، ثم طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها والخَلوةِ؛ لأنه طَلاقٌ قبلَ الدُّخولِ، فيَتنصَّفُ بالنَّصّ[5].

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: يُكمَّلُ المهرَ؛ لأنه يَعمَلُ عملَ الوطءِ، فيَتأكَّدُ به المهرُ.

لا[6] بزِيادةٍ(م ز) مُتَّصِلةٍ[7] بعدَ قبضِها،

---

(١) في (ب): مهر.

(٢) أي مهر العلانية.

(٣) عذرة المرأة: بكارتها. «التعريفات الفقهية» ص١٤٥.

(٤) أي لا وطئًا.

(٥) بقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

(٦) أي لا يتنصف المهر.

(٧) الزيادة المتصلة: وهي على نوعين:

ككَسبه[1].

ولا يَتنصَّفُ المهرُ بالزِّيادة الْمُتَّصِلةِ بعدَ قبضِها، وعليها نِصفُ قِيمةِ الأصلِ يومَ قَبَضت.

وعندَ محمدٍ وزفرَ رَحِمَهُمَااللَّهُ: يَتنصَّفُ الأصلُ والزِّيادةُ؛ لأنها قائِمةٌ بالأَصل، فظَهَر التَّنصُّفُ فيها تبعًا للأَصل.

بخِلاف الزِّيادةِ الْمُنفصِلةِ، كالوَلَد، فإنها تَمنَعُ[2] تَنصُّفَ الأصلِ إجماعًا؛ لأنها صارَت أصلًا بنَفسها، فلا تَتبَعُ غيرَها.

ولهما: أن التَّنصُّفَ ثَبَت في الْمَفروض عندَ العقدِ، والزِّيادةُ لم تكن مَفروضةً عندَ العقدِ، فلا تَتنصَّفُ، وتَنصُّفُ الأصلِ بدُونها لا يُمكِنُ، فامتَنَع أصلًا.

والكسبُ لا يَتنصَّفُ بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ، بل يَسلَمُ الكلُّ لها عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، خِلافًا لأبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ.

وهذا قبلَ القبضِ، فأما بعدَ القبضِ: فالكسبُ لها اتِّفاقًا.

لهما: أن التَّبَعَ لا يُخالِفُ الْمَتبوعَ، فتَنصُّفُ الْمَتبوعِ يَدُلُّ على تَنصُّفه.

= أ- متولدة من الأصل، كالسِّمَن والجمال.

ب- غير متولدة من الأصل، كالصِّبغ ونحوه.

ويقابلها: الزيادة المنفصلة، وهي على نوعين:

أ- متولدة من الأصل كالولد والثمرة.

ب- غير متولدة من الأصل، كأجرة الدار. «لغة الفقهاء» ص٢٣٥.

(١) في (م): كلبسه.

(٢) في (ج) و(هـ): لا تمنع، وفي حاشية (د): لا. ظ. وانظر «فتح القدير» ٣/ ٣٤٨.

وله: أنَّ مِلكَ الذّاتِ عِلّةُ[1] مِلكِ الصِّفاتِ، وتَنصَّف الأصلُ لكَونه مَعقودًا عليه، والكسبُ ليس بمَعقودٍ عليه، فلا يَتنصَّفُ.

ولا يُرَدُّ(ز) بعَيبٍ يَسيرٍ.

ولا يُرَدُّ مهرٌ بعَيبٍ يَسيرٍ، وعندَ زفرَ: يُرَدُّ؛ قِياسًا على البَيع.

ولنا: أن النِّكاحَ يُسامَحُ فيه عادةً، فيُتَحمَّل فيه الغَبْنُ اليَسيرُ لا الفاحِشُ.

ولا يَملِكُ الأبُ(ك) عفوَه.

ولا يَملِكُ الأبُ عفوَ نِصفِ صَداقِها إن طُلِّقت قبلَ الدُّخولِ.

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَملِكُه؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧]، وهو الأبُ[2] الْمُزوِّجُ لها.

وعندَنا: الذي بيَده عُقدةُ النِّكاحِ الزَّوجُ؛ لأن الطَّلاقَ بيَده، إن شاء أمسَكها، وإن شاء فارَقها.

والعفوُ: الفضلُ، أي يَتفضَّلَ الزَّوجُ ويُعطيَ الكلَّ إحسانًا إليها، أي الواجِبُ شرعًا هو النِّصفُ، إلا أن تُسقِطَ هي الكلَّ، أو يُعطيَ هو الكلَّ.

---

(١) في (هـ): غلب.

(٢) سقطت من (أ).

فصل
[في أحكام مهر أهل الكتاب]

نَكَح حَربيٌّ حَربيّةً(ز) ثَمّ(١)، أو ذِمّيٌّ(س م ز) ذِمّيّةً بمَيْتةٍ، أو بلا مهرٍ، وذا جائِزٌ عندَهم، فوُطِئت، أو طُلِّقت قبلَه، أو مات: لا مهرَ لها.

تَزوّج ذِمّيٌّ ذِمّيّةً بميْتةٍ، أو بغَير مهرٍ، وذلك في دِينهم جائِزٌ، فدَخَل بها، أو طَلَّقها قبلَ أن يَدخُلَ بها، أو مات عنها: فليس لها مهرٌ.

وكذا الحَربيّان في دار الحربِ، وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ.

وهو قولُهما في الحَربيّين(٢)، وفي الذِّمّيّة: لها مهرُ مِثلِها إن مات عنها أو دَخَل بها، والْمُتعةُ إن طلَقَّها قبلَ الدُّخولِ بها.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللهُ: لها مهرُ الْمِثلِ في الحَربيّين أيضًا؛ لأن النّكاحَ لم يُشرَع بلا مالٍ(٣)؛ لما مرّ.

وهذا الشَّرعُ وَقَع عامًّا؛ لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ بُعِث إلى الكلّ، قال اللهُ تَعالى: ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنِّي رَسُولُ ٱللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾ [الأعراف: ١٥٨]، فيَثبُتُ الحُكمُ على العُموم.

ولهما: أن أهلَ الحربِ غيرُ مُلتزِمين أحكامَنا، ووِلايةُ الإلزامِ مُنقطِعةٌ بتَبايُن الدّارَين.

---

(١) أي في دار الحرب.

(٢) في (ب): الحربيتين.

(٣) في (أ): إلا بمال.

بخِلاف أهلِ الذِّمّةِ؛ لالتِزامهم أحكامَنا فيما يَرجِعُ إلى الْمُعامَلات، كالرِّبا والزِّنى[1]، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيهم: «إذا بَذلوا الجِزيةَ فلهم ما للمُسلِمين، وعليهم ما على الْمُسلِمين»[2].

ووِلايةُ الإلزامِ مُتحقِّقةٌ باتِّحاد الدّارِ.

وله: أن أهلَ الذِّمّةِ لم يَلتزِموا أحكامَنا في الدِّيانات، وفيما يَعتقِدون خِلافَه في الْمُعامَلات، ووِلايةُ الإلزامِ مُنقطِعةٌ عنهم، كما في أَهل الحربِ.

وهذا لأن الشَّرعَ منَعَنا عن التَّعرُّض لهم، وأمَرنا بأن نَترُكَهم وما يَدينون، فصارُوا كأَهل الحربِ، بل أَقوى؛ إذ المانِعُ ثَمَّ الْمَنَعةُ[3] الحِسِّيّةُ[4]، وأُمِرنا بإِبطالها، وهنا الْمَنَعةُ[5] الشَّرعيّةُ، وأُمِرنا بتَقريرها.

بخِلاف الرِّبا؛ لأنه مُستثنًى عن عُقودهم، قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ألا من أَربى فليس بينَنا وبينَه عهدٌ»[6].

---

(١) في (د): إلى المعاملات كالربا والديانات كالزنى.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (ب) و(هـ): المتعة.

(٤) في (هـ): الخبيثة.

(٥) في (ب) و(هـ): المتعة.

(٦) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٠٣: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣٧٠١٥) عن الشعبي قال: كتب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى أهل نجران -وهم نصارى-: «أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له». انتهى، وهو مرسل، ورواه أبو عبيد في كتاب «الأموال» (٥٠٣) أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صالح أهل نجران، فكتب لهم كتابًا: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما كتب محمد النبي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأهل نجران -إذ كان له حكمه عليهم- أن في كل سوداء وصفراء وبيضاء وحمراء، وثمرة=

والزِّنى مُحرَّمٌ في كلِّ دينٍ.

وقولُه: (أو بغَير مهرٍ) يَحتمِلُ نفيَ المهرِ، ويَحتمِلُ السُّكوتَ، والكلُّ على الخِلاف في الصَّحيح.

ولو نكَحها بخمرٍ، أو خِنزيرٍ عَينٍ، فأسلَما، أو أسلَم أحَدُهما: لها[س م] ذلك.

فإن تزوَّج ذِمِّيٌّ ذِمِّيّةً على خمرٍ أو خِنزيرٍ، ثم أسلَما، أو أسلَم أحَدُهما: فلها الخمرُ والخِنزيرُ إذا كانا بأَعيانهما، والإسلامُ قبلَ القبضِ.

وفي غَيره[1]: قِيمةُ الخمرِ[س]، ومهرُ الْمِثلِ[م] في الخِنزير، واللهُ أعلَمُ.

وإن كانا بغَير أعيانِهما فلها في الخَمر القِيمةُ، وفي الخِنزير مهرُ الْمِثلِ، وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها مهرُ الْمِثلِ في الْمُعيَّن وغيرِ الْمُعيَّنِ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها القِيمةُ في الْمُعيَّن وغيرِ الْمُعيَّنِ.

لهما: أن قبضَ المهرِ الْمُعيَّنِ يُؤكِّدُ الْمِلكَ في الْمَقبوض، فكان له شبَهٌ بالعَقد، فكما يَمتنِعُ بالإسلام العقدُ على الخَمر والخِنزيرِ، يَمتنِعُ القبضُ الذي يُشبِهُه، كقَبض الْمَبيعِ.

ولا يُقالُ: إنَّ القبضَ يُؤكِّدُ الْمِلكَ في الْمَبيع؛ لأنه يَستَفيدُ وِلايةَ التَّصرُّفِ به، وهنا

= ورقيق: ألفي حلة، في كل صفر ألف حلة، وفي كل رجب ألف حلة، على أن لا يحشروا، ولا يعشروا، ولا يأكلوا الربا، فمن أكل منهم الربا فذمتي منه بريئة». مختصر، قال أبو عبيد: وإنما غَلّظ عليهم أكل الربا دون غيره من المعاصي، مع أنهم يمكنون مما هو أعظم منه كالشرك وشرب الخمر وأكل الخنزير، وغير ذلك: لأن في منعهم منه كف المسلمين عن أكل الربا، ولولا المسلمين لكانوا في الربا كسائر ما هم فيه من المعاصي، والله أعلم. انتهى كلامه.

(١) أي في غير أعيانهما.

وِلايةُ التَّصرُّفِ ثابِتةٌ قبلَه؛ لأنه يَدخُلُ في ضَمانها به، حتى كان الهَلاكُ عليها، وقبلَه كان الهَلاكُ عليه.

ولو طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ بعدَ القبضِ: لا يَعودُ النِّصفُ إليه بلا قَضاءٍ أو رِضًا، بخِلاف ما قبلَ القبضِ، وصار كما لو كانا بغَير أعيانِهما.

ولَمَّا امتنَع القبضُ باعتِبار كونِ هذه الحالةِ مُلحَقةً بحالة ابتِداءِ العقدِ.. فأبو يوسفَ يَقولُ: يُعتبَرُ الإسلامُ الْمَوجودُ عندَ القبضِ بالإسلام الْمَوجودِ عندَ العقد[1]، ولو كانا مُسلِمَين عندَ العقدِ يَجِبُ فيهما مهرُ الْمِثلِ، كذا هنا.

ومحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: صَحَّت التَّسميةُ؛ لكَون الْمُسمّى مالًا عندَهم.

وإنما تَعذَّر بالإسلام التَّسليمُ: لشَبَهه بالابتِداء؛ لا أنه[2] جُعِل مُبتدأً، وإذا بَطَل التَّسليمُ صار كهلاك الْمُسمّى قبلَ القبضِ، فوَجَب الْمَصيرُ إلى بَدَله[3]، وهو القِيمةُ.

ولأبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أن مِلكَ الْمَرأةِ في الْمَهر الْمُعيَّنِ يَتِمُّ قبلَ القبضِ بنَفس العقدِ؛ لأن الْمِلكَ نَوعان: مِلكُ رَقَبةٍ، ومِلكُ تَصرُّفٍ، وكلُّ ذلك حاصِلٌ، ولهذا تَملِكُ التَّصرُّفَ كيف شاءَت، ببدَلٍ وبغَير بدَلٍ.

---

(١) في (هـ) زيادة: والمستأمن من أهل دارنا حكمًا، ومتعة أهل البغي من جهة الإسلام، وفيها لا يجعل كالميت حكمًا، والسبي مسبب لملك الرقبة مالًا، فلا يكون مبطلًا للنكاح كالشراء، لأن المملوك بالنكاح ليس بمال، فلا يثبت فيه التمليك بالسبي مقصودًا؛ لأن تملك البضع مقصودًا بسببه يختص بشرطه وهو الشهود، وذا لا يوجد في السبي، وإنما يثبت الملك هنا تبعًا لملك الرقبة عند فراغ المحل عن حق الغير، فإذا كان المحل مشغولًا لا يمتنع الملك فيه لفوات الشرط، ولو كانا... إلخ. وهذه الزيادة مثبتة في (ج) مع بعض الفروق ولكنها شُطبت.

(٢) في (أ) و(و): لأنه.

(٣) في (ب): بذله.

فالقبضُ هنا غيرُ مُوجِبٍ مِلكَ التَّصرُّفِ ومِلكَ العَينِ، وإنما يَنتقِلُ بالقَبض من ضَمانه إلى ضَمانها، وذا لا يَمتنِعُ بالإسلام، فإن الخمرَ إذا غُصِبت من الذِّمِّيِّ ثم أسلَم: لم يمنَع من استِردادها، وكذا الخِنزيرُ.

وفي غير الْمُعيَّنِ[1]: القبضُ مُوجِبٌ مِلكَ العَينِ[2]؛ لأن حقَّها كان في الدَّين، وإنما تَثبُتُ في العَين ابتِداءً بالقَبض، فيَمتنِعُ بالإسلام.

بخِلاف ما إذا اشتَرى الذِّمِّيُّ خمرًا، ثم أسلَم قبلَ القبضِ؛ فإنه لا يَجوزُ له أن يَقبِضَه؛ لأن مِلكَ التَّصرُّفِ يُستفادُ فيه بالقَبض.

وإذا تَعذَّر القبضُ في غَير الْمُعيَّنِ لا تَجِبُ القِيمةُ في الخِنزير؛ لأن أخذَ القِيمةِ في ذَوات القِيَمِ كأَخذ عَينِه، فكان فيه تَقريرُ حُكمِ عقدٍ باشَراه في الكُفر لا على وَجه الشَّرعِ[3].

ولا[4] كذلك الخمرُ؛ لأنها من ذَوات الأمثالِ، وأخذُ القِيمةِ فيها ليس[5] كأَخذ العَينِ، ولهذا لو جاء بالقِيمة قبلَ الإسلامِ تُجبَرُ على القَبول في الخِنزير، كما لو أتاها بالعَين، بخِلاف الخمرِ.

ولو طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ.. ففي الْمُعيَّن: لها نِصفُ العَينِ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وفي غَير الْمُعيَّنِ.. في الخَمر: لها نِصفُ القِيمةِ، وفي الخِنزير: لها الْمُتعةُ.

---

(١) في (ب): العين.

(٢) في (ج) و(هـ): المعين.

(٣) في (هـ): الشروع.

(٤) سقطت من (هـ).

(٥) في (د): ليس بمثلي.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها بعدَ الطَّلاقِ[1] نِصفُ القِيمةِ بكلِّ حالٍ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها الْمُتعةُ بكلِّ حالٍ.

(١) في (د): لها بالطلاق قبل الدخول.

بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ وَالكَافِرِ

بابُ نِكاحِ الرَّقيقِ(١) والكافِرِ

وُقِف نِكاحُ عبدٍ(ك)، وأمةٍ، ومُدبَّرٍ، ومُكاتَبٍ، وأُمِّ ولَدٍ، بلا إِذن السَّيِّدِ.

لا يَجوزُ نِكاحُ العبدِ، والأمةِ، والْمُدبَّرِ، والْمُكاتَبِ، وأُمِّ الولَدِ.. إلا بإذنِ الْمَولى(٢).

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ للعَبد أن يَتزوَّجَ بغَير إذنِ مَولاه؛ لأن النِّكاحَ من خَواصِّ الإنسانِ، والعبدُ فيما هو من خَواصِّ الإنسانِ مُبقًّى على أَصل الحُرِّيَّةِ؛ إذ هو مَملوكٌ للمَولى من حيث إنه مالٌ، لا من حيث إنه آدَميٌّ.

ألا تَرى أنه يَملِكُ الطَّلاقَ الذي هو ضارٌّ محضٌ، حتى لا يَملِكُه الصَّبيُّ العاقِلُ وإن أذِن له ولِيُّه، فلأَن يَملِكَ النِّكاحَ الذي فيه تَحصينُه وإعفافُه أَولى.

ولأنَّ من مَلَك رفْعَ شيءٍ يَملِكُ وضعَه.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النَّحل: ٧٥].

---

(١) الرِّقُّ بالكسر: العبودية، وهو مصدر رَقَّ الشخصُ يَرِقُّ، من باب ضرب، فهو رقيق، ويتعدى بالحركة وبالهمزة، فيقال: رققته أَرُقُّه من باب قتل، وأَرْقَقْتُه فهو مرقوق ومُرَقّ، وأمةٌ مرقوقة ومُرَقَّة، قاله ابن السكيت، ويطلق الرقيق على الذكر والأنثى، وجمعه أرِقّاء، مثل: شحيح وأشحاء، وقد يطلق على الجمع أيضًا، فيقال: عبيد رقيقٌ، وليس في الرقيق صدقة: أي في عبيد الخدمة. «المصباح» ١/ ٢٣٥.

(٢) في (ج) و(هـ): السيد.

وقولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أيُّما عبدٍ تزوَّج بغير إذنِ مَولاه فهو عاهِرٌ»[1]، أي زانٍ.

ولأن هذا تَصرُّفٌ في مِلك الْمَولى على وجهٍ لا يَعرى عن الضَّرَر به، فلا يُنفَّذُ عليه إلا برضاه؛ وهذا لأن في تَنفيذ نِكاحِهما تَعييبَهما؛ لأن النِّكاحَ عيبٌ فيهما.

أما في العَبد: فلشُغل ماليّته بالْمَهر والنَّفَقةِ، وماليّتُه مِلكُ مَولاه.

وأما في الأَمة: فلأنه يَحرُمُ عليه بُضعُها والاستِمتاعُ بها؛ ألا تَرى أنه لو باع رَقَبته بمالٍ لم يَجُز، مع أن نفعَه يَعودُ إلى الْمَولى، فلأَن لا يَجوزَ النِّكاحُ ولا مَنفَعةَ للمَولى في عَقده أَولى.

والنِّكاحُ غيرُ داخِلٍ تحتَ الكِتابةِ؛ لأنها تُوجِبُ فكَّ الحَجْرِ في حقِّ الكسبِ.

والنِّكاحُ ليس باكتِساب المالِ، بل هو سببُ إتلافِه، فبَقِي في حُكم النِّكاحِ على ما قبلَ الكِتابةِ.

والرِّقُّ الْمُوجِبُ للحَجْر في الْمُدبَّر وأُمِّ الولَدِ قائمٌ، فلا يَقدِران على التَّزوُّج إلا بإذن الْمَولى.

وكلُّ مهرٍ وَجَب للأَمة بعقدٍ أو دُخولٍ فهو للمَولى؛ لأنه بدَلُ الجُزءِ الْمُستوفَى، فكان كالأَرْش.

فأما الْمُكاتَبةُ ومُعتَقةُ البعضِ: فالمهرُ لهما؛ لاختِصاصهما بنَفسهما، كأَرْشهما.

نكَح عبدٌ بإذنٍ: بِيعَ في مَهره، وسَعى[2] الْمُدبَّرُ أو الْمُكاتَبُ، ولم يُبَع فيه.

---

(١) رواه أبو داود (٢٠٧٨)، والترمذي (١١١١).

(٢) الاستسعاء: هو أن يُكلَّف العبدُ الاكتسابَ حتى يُحصِّل قيمة نصيب الشريك، ومعنى (استُسْعِي): اكتسب بلا تشديد فيه، أو استُخدِم بلا تكليف ما لا يطاق. «الكليات» ص١١٣.

فلو تَزوّج عبدٌ بإذن سيّده فالمهرُ دينٌ في رَقَبته يُباعُ فيه؛ لأنه دَينٌ وَجب في رَقَبة العبدِ؛ لصُدور سببِه من أَهله، وهو النّكاحُ؛ إذ هو لم يُشرَع بلا مهرٍ، وقد ظَهَر وُجوبُ هذا الدَّينِ في حقِّ الْمَولى؛ لوُجود الإذنِ منه، فيَتعلَّقُ برَقَبته استيفاءً؛ دفعًا للضَّرر عنها[1]، كسائِر دُيونِ تِجارته.

والْمُدبَّر والْمُكاتَبُ يَسعَيان في الْمَهر، ولا يُباعان فيه؛ لأنه تَعذَّر الاستِيفاءُ من رَقَبتهما؛ لأنهما لا يَقبَلان النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ حالَ قِيامِ الكِتابةِ والتَّدبيرِ، فيُستوفَى من كَسبهما لا من أنفُسهما.

ولو تَزوّج العبدُ أو الأمةُ بغَير إذنِ سيِّده: تَوقَّف على إِجازته، فإن أَجاز النّكاحَ قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه: جاز؛ لأن العقدَ انعقَد؛ لصُدوره من الأَهل في المحَلّ، وإنما امتَنَع النَّفاذُ لحقِّ الْمَولى، فإذا أَجاز نَفَذ.

و(طَلِّقها رَجعيّةً): إجازةٌ، و(طَلِّقها) أو (فارِقْها): لا(و).

فلو تَزوّج عبدٌ بغَير إذنِ سيِّده، فقال سيِّدُه: (طَلِّقها تَطليقةً تَملِكُ الرَّجعةَ): فهو إجازةٌ؛ لأن الطَّلاقَ الرَّجعيَّ لا يَكونُ إلا في نِكاحٍ صَحيحٍ، فيَتضمَّنُ الإجازةَ.

وإن قال: (طَلِّقها)، أو: (فارِقها): فليس بإجازةٍ.

وقال ابنُ أبي لَيلى: يَكونُ إجازةً؛ لأن الطَّلاقَ الْمَعهودَ يَكونُ بعدَ النِّكاحِ، ولهذا لو ادَّعت امرَأةٌ على رَجُلٍ أنه تَزوَّجها، وهو يُنكِرُ، ثم طَلَّقها: فإن طَلاقَه إقرارٌ بأنه تَزوَّجها.

ولنا: أنه يَحتمِلُ الإجازةَ؛ لما[2] ذُكِر، ويَحتمِلُ الرَّدَّ؛ لأن ردَّ هذا العقدِ ومُتارَكته تُسمّى طَلاقًا ومُفارَقةً؛ ألا تَرى أنه لو طَلَّقها يَكونُ مُتارَكةً.

---

(١) في (هـ): عنه.

(٢) في (أ) و(هـ) و(و): كما.

إلا أن الظَّاهرَ أن مُرادَه الرَّدُّ؛ لأنه أليَقُ بحال العبدِ الْمُتمرِّدِ؛ زجرًا له، أو[1] هو أَدنى؛ لأنه منعٌ من الثُّبوت، والطَّلاقُ رفعٌ بعدَه، فكان الحملُ عليه أَولى.

فإن قِيل: يُشكِلُ بما لو زَوَّج الفُضوليُّ رَجُلًا امرأةً، فلما بَلَغ الخبرُ إليه قال: طَلِّقها، فإنه يَكونُ إجازةً.

قُلنا: لأن الْمَولى لا يَقدِرُ على التَّطليق، فلا يَملِكُ[2] الأمرَ به، فجُعِل مَجازًا عن ردِّ النِّكاحِ، وثَمَّ يَملِكُ التَّطليقَ بالإجازة، فيَثبُتُ ضِمنًا له.

أذِن له بالنِّكاح: تَناوَل الفاسِدَ(س م) أيضًا.

فإن قال لعَبده: (تَزوَّج هذه الْمَرأةَ)، فتزوَّجها نِكاحًا فاسِدًا، ودَخل[3] بها: فإن عليه المهرَ، يُباعُ فيه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: لا شيءَ عليه، حتى يَعتِقَ.

وأصلُه: أن الإذنَ بالنِّكاح يَتناوَلُ الفاسِدَ عندَه، كما يَتناوَلُ الجائزَ، فيَظهَرُ هذا المهرُ في حقِّ الْمَولى، فيُؤخَذُ به في الحال، كما لو زَوَّجه الْمَولى امرأةً بلا شُهودٍ، ودَخَل بها، فإنه يُؤخَذُ بالْمَهر في الحال.

وعندَهما: لا يَتناوَلُ الفاسِدَ، فلا يَكونُ ظاهِرًا في حقِّ الْمَولى؛ لأنه وَقَع بلا إذنه، فيُؤخَّرُ المهرُ إلى عَتقه.

ويُبتنى عليه: أنه لو جَدَّد العبدُ نِكاحَ هذه الْمَرأةِ على وَجه الصِّحّةِ: لا يَنفُذُ عندَه؛ لأن الإذنَ قد انتَهى، وعندَهما: يَنفُذُ؛ لأن الإذنَ باقٍ.

وكذا لو أمَره بنِكاح امرأةٍ ولم يُعيِّن، فنكَح امرأةً نِكاحًا فاسِدًا، ثم نَكَحها نِكاحًا

---

(1) في (ب) و(هـ) و(ز): و.

(2) في (ب): فلا يمكن.

(3) في (هـ): أو دخل.

صَحيحًا، أو نكَح امرأةً أُخرى نِكاحًا صَحيحًا، فإن ذلك على الاختِلاف.

لهما: أن الْمُرادَ بالنِّكاح في الْمُستقبَل التَّحصينُ وتَحصيلُ العِفّةِ، وذا إنما يَحصُلُ بالجائزِ الذي يُوجِبُ الْمِلكَ دونَ الفاسِدِ.

ألا تَرى أنه لو حَلَف ألَّا يَتزوَّجَ لا يَحنَثُ بالفاسِد، بخِلاف ما لو حَلَف أنه ما تَزوَّج، وقد كان تَزوَّج فاسِدًا؛ فإنه يَحنَثُ في يَمينه؛ لأن مَقصودَه ثَمَّ تَحقُّقُ الْمُخبَرِ عنه فحَسْبُ، لا التَّحصينُ؛ لاستِحالته فيما مَضى.

وبخِلاف البيعِ؛ لأن بعضَ الْمَقاصِدِ ثَمَّ -وهو مِلكُ الإعتاقِ والتَّصرُّفاتِ- حاصِلٌ، ولا كذلك هنا.

ولأن النِّكاحَ عقدٌ مَسنونٌ أو واجِبٌ، فيُحترَزُ عن جِهات الفَسادِ عندَ الإقدامِ عليه، بخِلاف البيعِ؛ لأنه مُباحٌ، ولأنه يُباشَرُ على ملأٍ من الْمَشاهِير والعُلَماءِ، فيُباشَرُ على وَجه الصِّحّةِ ظاهِرًا، بخِلاف البيعِ.

وله: أن اللَّفظَ مُطلَقٌ، فيَجري على إطلاقه، ولا يَتقيَّدُ بالصِّحّة؛ لأن الفَسادَ والصِّحّةَ صِفَتا العقدِ، والإذنُ من الْمَولى في أَصل العقدِ، فلا يَتقيَّدُ بصِفةٍ دونَ صِفةٍ، كالإذن في البَيع والشِّراءِ للوَكيل أو للعَبد، فإنه يَتناوَلُ الفاسِدَ والصَّحيحَ.

وبعضُ الْمَقاصِدِ حاصِلٌ بالنِّكاح الفاسِدِ، كالنَّسَب، والمهرِ، والعِدّةِ عندَ الوطءِ.

ولو حَلَف أن لا يَتزوَّجَ يَقعُ عليهما(١)، وهو الصَّوابُ.

والجَوابُ الْمَذكورُ قولُهما لا قولُه.

ولأن الحاجةَ إلى إذنِ الْمَولى: لشُغل المهرِ برَقَبته لا لتَملُّك البُضعِ؛ لأنه في حقِّه

---

(١) في (د): عليها.

مُبقًى على أَصل الحُرِّيّةِ؛ بدَليل تَمكُّنِه من إزالة هذا الْمِلكِ بلا استِطلاع[1] رأيِ الْمَولى، والفاسِدُ فيه مِثلُ الجائزِ؛ لأن الشُّغلَ يَتعلَّقُ بهما.

بخِلاف مَسألةِ اليَمينِ؛ فإنه ثَمَّ مَنَع نفسَه عن تَملُّك البُضعِ، وعن شُغل ذِمّتِه بالْمَهر، وهو يَملِكُ كِلَيهما على نَفسه، فيَصِحُّ المنعُ منهما، ولا يُتصوَّرُ المنعُ منهما إلا بالنّكاح الجائزِ؛ لأن مِلكَ البُضعِ لا يَثبُتُ بالفاسِد.

وهنا الأمرُ في حقِّ تَملُّكِ البُضعِ لا يَصِحُّ؛ لكَونه مالِكًا له، وإنما يَصِحُّ: لشُغل الرَّقَبةِ بالْمَهر، وذا يَتحقَّقُ بالفاسِد والجائزِ، فانصَرَف الأمرُ إليهما.

فمَسألةُ اليَمينِ مَمنوعةٌ على الطَّريقة الأُولى لا على هذه الطَّريقةِ، والطَّريقةُ الأُولى مُعوَّلٌ عليها دونَ الثّانيةِ؛ لأن الْمَولى مالِكٌ للإنكاح على العَبد عندَنا على ما يَجيءُ بعدَه إن شاء اللهُ تَعالى.

فعُلِم أن العبدَ لا يَملِكُه؛ لأن الأصلَ أن ما لا يَملِكُه العبدُ على نَفسه يَملِكُه مَولاه عليه، وما يَملِكُه العبدُ على نَفسه لا يَملِكُه الْمَولى عليه.

ألا تَرى أنه يَملِكُ الإقرارَ بالقِصاص على نَفسه دونَ مَولاه، ويَملِكُ الْمَولى الإقرارَ على عَبده بالدَّين، والعبدُ لا يَملِكُ الإقرارَ على نَفسه بذلك، والعبدُ يَملِكُ الطَّلاقَ دونَ الْمَولى.

زَوّج عبدًا مَديونًا امرَأةً: صحّ، ولو على رَقَبته، وساوَت الغُرَماءَ[2] في الْمَهر.

---

(١) في (ز): استعلام.

(٢) جمع غريم، وأغرم بالشيء -بالبناء للمفعول-: أولع به، فهو مغرم.

والغريم: الْمَدِين، وصاحب الدين أيضًا، وهو الخصم، مأخوذ من ذلك -من الولع-؛ لأنه يصير بإلحاحه على خصمه ملازمًا، والجمع: الغرماء، مثل كريم وكرماء. «المصباح» ٢/ ٤٤٦.

فإن زَوَّج عبدَه الْمَأذونَ الْمَديونَ امرأةً جاز النِّكاحُ، ولو على رَقَبته، والْمَرأةُ أُسوةٌ للغُرَماء في مهرها.

وهذا إذا كان النِّكاحُ بمَهر الْمِثلِ أو أقلَّ.

أما جَوازُ النِّكاحِ: فلأنه يُبتنى على مِلك الرَّقَبةِ، وهو باقٍ، وإنما يُزوِّجُه ليُحصِنَه، وهذه الحاجةُ باقِيةٌ.

وأما المهرُ: فإنما لَزِمه حُكمًا لأمرٍ لا مرَدَّ له، وهو صِحّةُ النِّكاحِ؛ إذ هو غيرُ مَشروعٍ بلا مهرٍ، فصار كدَين الاستِهلاكِ، فإن العبدَ الْمَأذونَ الْمَديونَ إذا استَهلَك عَينَ إنسانٍ صار صاحِبُ العَينِ أُسوةً للغُرَماء.

وهو كالْمَريض الحُرِّ إذا تَزوَّج امرَأةً، فبقَدْر[1] مهرِ مِثلِها تَصيرُ أُسوةً لغُرَماء الصِّحّةِ.

زَوَّج أمتَه: لا تَجِبُ التَّبوِئةُ[2]، فتَخدُمُه، ويَطَأُ الزَّوجُ إن ظَفِر[3].

وإن زَوَّج أمتَه فليس عليه أن يُبوِّئَها بيتَ الزَّوجِ، ولكنها تَخدُمُ الْمَولى، ويُقالُ للزَّوج: (متى ظَفِرت بها وَطِئتها)؛ لأن حقَّ الْمَولى أَقوى من حقِّه؛ لأنه يَملِكُ ذاتَها ومَنافِعَها، ولا كذلك الزَّوجُ، ولهذا يَدخُلُ فيه مِلكُ الْمُتعةِ تبَعًا.

ولا يَنعكِسُ، فلو وَجَبت التَّبوِئةُ لبَطَل حقُّه في الاستِخدام، وحقُّه فيه باقٍ، فإن بَوَّأها معه بيتًا فلها النَّفَقةُ والسُّكنى، وإلا لا.

---

(١) في (هـ): فتعذر.

(٢) بَوَّأَهَا بيتًا: أي أنزلها منزلاً مع الزوج، وألزمها ذلك، وتبوأ الرجل دارًا: أي اتخذها مسكنًا، وقد بوأها يبوئها تبوئة. «الطلبة» ص٤٩.

(٣) ظَفِر ظَفَرًا: من باب تعب، وأصله بالفوز والفلاح، وظَفِرتُ بالضالة: إذا وجدتها، والفاعل ظافر. «المصباح» ٢/ ٣٨٥.

لأن الشَّرعَ شَرَع على الْمَرأة احتِباسًا عندَ الزَّوجِ توفيرًا[١] لحقِّه في إِقامة مَقاصِدِ النِّكاحِ، وشَرَع لها في مُقابَلة ذلك رِزقًا وكِفايةً جَزاءً للاحتِباس، كما شَرَع رِزقَ الأئمةِ والقُضاةِ في بَيت المالِ؛ لأنه مالُ العامّةِ، وهم مَحبوسون بهم.

وإذا كانَت نَفَقةُ الْمَرأةِ جَزاءَ الاحتِباسِ يَختَصُّ وُجوبُها بالاحتِباس، وذا بالتَّبوِئة[٢].. فإذا لم يُبوِّئها لا تَجِبُ النَّفَقةُ؛ لفَوات الاحتِباسِ الذي به تُستحَقُّ النَّفَقةُ.

فإن بَوَّأها معه بيتًا ثم بَدا له أن يَستخدِمَها: له ذلك؛ لأنه كالإعارة، فلا تَكونُ لازِمةً، وإن شُرِط[٣] اللُّزومُ.

وله إجبارُهما(وف) على النِّكاح.

وللمَولى إجبارُ عبدِه وأمتِه على النِّكاح.

ومَعنى الإجبارِ: أن يَنفُذَ نِكاحُ الْمَولى عليهما وإن لم يَرضَيا به.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا إجبارَ في العَبد، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ؛ لأنه مُبقًّى على أَصل الحُرِّيّةِ فيما هو من خَواصِّ الآدميّةِ، والنِّكاحُ منها.

والعبدُ غيرُ مَملوكٍ له من حيث إنه آدميٌّ، ومن حيث إنه مَملوكه -وهو الماليّةُ- لا تَعلُّقَ له بالنِّكاح، فكان الْمَولى أجنَبيًّا في إنكاحه، فلا يَملِكُه، كأجنَبيٍّ آخرَ.

ألا تَرى أنه لا يَملِكُ الإقرارَ عليه بالقِصاص؛ لأن دمَه غيرُ مَملوكٍ له، ولا يَملِكُ أن يُطلِّقَ امرَأتَه؛ لأنه غيرُ مَملوكٍ له؛ نظَرًا إليه.

بخِلاف الأمةِ؛ لأن بُضعَها مَملوكٌ له، فمَلَك تَمليكَها بلا رِضاها؛ لكَونه مُتصرِّفًا في

---

(١) في (هـ): توقيرًا.

(٢) في (ب): بالبيتوتة.

(٣) في (هـ): شرطا.

خالِص مِلكِه[1]، والنّكاحُ في جانِبها تَمليكُ البُضعِ من الغَير، وهو مما يَختَصُّ بالمال.

ولنا: أنه مَملوكُه رَقَبَةً ويدًا، فيَملِكُ كلَّ تصرُّفٍ يُشعِرُ بصِيانة مِلكِه، والنّكاحُ منه؛ لأنه يَصونُه عن الزِّنى الذي هو سببُ الهَلاكِ أو النُّقصانِ؛ إذ بالجَلْد ربما يَهلِكُ، والنُّقصانُ لازِمٌ، فيَملِكُه بلا رِضاه، كالأَمة.

وهذا لأن النَّفاذَ عليها لِمِلكه رَقَبتها، لا لِمِلكه ما يُملَكُ بالنّكاح، فوِلايةُ التَّزويجِ لا تَستَدعي ذلك؛ فإن الوليَّ يُزوِّجُ الصَّغيرةَ وهو لا يَملِكُ ذلك، ومِلكُ الرَّقَبةِ مُتحقِّقٌ في العَبد كما تَحقَّق في الأَمة، فيَملِكُ إنكاحَه.

بخِلاف الْمُكاتَبِ والْمُكاتَبةِ؛ لقُصور مِلكِه فيهما؛ لأنهما مالِكان يدًا، فالتَحقا بالأَحرار[2] نظَرًا إليه، فشُرِط رِضاهما.

والعبدُ لا يَستبِدُّ بالنّكاح اتِّفاقًا، وما لا يَملِكُه الْمَولى عليه فهو مُستبِدٌّ به، كالإقرار بالحُدود والقِصاصِ، وتَطليقِ زَوجتِه، فلما لم يَستبِدَّ العبدُ به عُلِم[3] أنه مَملوكٌ للمَولى نظَرًا إليه.

ويَسقُطُ المهرُ(س م) بقَتل السَّيِّدِ أمتَه قبلَ الوطءِ، لا بقَتل الحُرّةِ(ز ف) نفسَها قبلَه.

زَوَّج أمتَه، ثم قَتَلها قبلَ أن يَدخُلَ بها زوجُها: سَقَط مهرُها عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: عليه المهرُ لِمَولاها؛ لأن هذه فُرقةٌ وَقَعت بالْمَوت، فلا يَسقُطُ شيءٌ من الْمَهر؛ لأنه مُنهٍ للنّكاح، فيَتقرَّرُ حُكمُه عندَه، لا أن يَبطُلَ؛ اعتِبارًا بمَوتها حَتْفَ أنفِها، وقتلِ الحُرّةِ نفسَها، وقتلِ السَّيِّدِ زوجَها، وقتلِها نفسَها.

(١) في (ب): ملكها.

(٢) في (ب): بالإحراز.

(٣) في (هـ): على.

وهذا لأن الْمَقتولَ ميِّتٌ بأجَله؛ إذ الموتُ عِبارةٌ عن انتِهاء أيّامِ الحَياةِ، وبالقَتل تَنتَهي أيّامُ حَياتِه، ولهذا لو قال لعَبده: (إن مِتَّ فأنت حُرٌّ)، فقُتِل: عَتَق.

وإنما اعتُبِر القتلُ قطعًا للحَياة في حقِّ القاتلِ إذا لَزِمه ضَمانٌ من دِيَةٍ أو قِصاصٍ؛ إذ الضَّمانُ يَختَصُّ بالقَتل، ولم يَتعلَّق بقَتل الْمَولى أمتَه ضَمانٌ، فاعتُبِر في حقِّه موتًا لا قطعًا للحَياة، ولئن كان قطعًا للحَياة فهو لا يَمنَعُ وُجوبَ المهرِ، كما لو قَتَلها أجنَبيٌّ.

وله: أن مَن له البدَلُ مَنَع الْمَعقودَ عليه عن[1] العاقِد قبلَ التَّسليمِ، فيُجازَى بمَنع البدَلِ إذا كان من أَهل الْمُجازاةِ؛ تَحقيقًا للمُساواة، كالحُرّة إذا ارتَدَّت، والْمَولى إذا غَيَّبها[2].

وهذا لأن القتلَ قطعٌ للحَياة في حقِّ القاتلِ إذا لَزِمه حُكمٌ من أَحكام القتلِ في الدُّنيا، وإن كان موتًا عندَ اللهِ تَعالى، وقد ثَبَت حُكمُ القتلِ في قَتل الْمَولى أمتَه، وهي الكَفّارةُ.

وإنما بَطَل القوَدُ: لفَوات الفائِدةِ؛ لاستِحالة أن يَجِبَ له عليه.

وإذا قَتَلت نفسَها، أو قَتَلها أجنَبيٌّ، فلم يُوجَد منعُ الْمُبدَلِ ممن له البدَلُ.

وإذا قَتَل الْمَولى زوجَها قبلَ الدُّخولِ فما مَنَع[3] الْمَعقودَ عليه عن العاقِد، بل مَنَع العاقِدَ عن الْمَعقود عليه، وهذا لا يُوجِبُ سُقوطَ البدَلِ، كالبائِع إذا قَتَل الْمُشتَريَ قبلَ تَسليمِ الْمَبيعِ إليه، ومتى قَبِل الْمَبيعَ قبْلَ التَّسليمِ سَقَط البدَلُ.

ولا يَلزَمُ على ما قُلنا ارتِضاعُ الصَّغيرةِ الْمَنكوحةِ من أُمِّ زوجِها، وتَقبيلُ الْمَجنونةِ

---

(١) في (ب): من.

(٢) في سوى (أ) و(ب) و(ج): عيبها. قال في «التبيين» ٢/ ١٦٤ :وإذا غيبها المولى بمكان لا يقدر عليه الزوج لا يطالبه بالمهر بالاتفاق.

(٣) في حاشية (و): وضع. نسخة.

ابنَ زوجِها بشَهوةٍ قبلَ الدُّخولِ، فإن المهرَ لا يَسقُطُ، وإن تَحقق منعُ الْمَعقودِ عليه من العاقِد قبلَ التَّسليمِ بالبَينونة[1]؛ لأنهما ليستا من أَهل الْمُجازاةِ.

فإن الْمَجنونةَ أو الصَّغيرةَ إذا قَتلت أبَاها لا تُحرَمُ عن الإرث، ولا تَجِبُ الكَفّارةُ؛ لأنهما يَجبان جَزاءً، بخِلاف الْمَولى؛ فإنه من أَهل الْمُجازاةِ، حتى قالُوا: لو كان الْمَولى القاتِلُ صبيًّا يَجِبُ أن لا يَسقُطَ المهرُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وإن قَتَلت حُرّةٌ نفسَها قبلَ أن يَدخُلَ بها زوجُها: لم يَسقُط مهرُها عندَنا.

خِلافًا لزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

لهما: أن الحقَّ في الْمَهر لها، وقد فَوَّتت الْمَعقودَ عليه قبلَ التَّسليمِ، فسَقَط حقُّ الْمُطالَبةِ بالبَدَل، كما لو ارتدَّت قبلَ الدُّخولِ، أو قَتَل الْمَولى أمتَه الْمَنكوحةَ.

ولنا: أن الموتَ مُنهٍ للنِّكاح، والعقدُ إذا انتهى تَقرَّر مُوجَبُه؛ وهذا لأن قتْلَها نفسَها كمَوتها حَتْفَ أنفِها؛ إذ لا يُمكِنُ إضافةُ القتلِ إليها حَقيقةً؛ لأن تَمامَ القتلِ بالْمَوت، ولا يَتِمُّ إلا عندَ سُقوطِ أهليّةِ الفِعلِ، فلا يَصِحُّ تَحقيقُ القتلِ[2] منها.

ولهذا قال أبو حنيفةَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: إنها تُغسَّلُ ويُصلّى عليها.

وإنما يُنسَبُ القتلُ إليها مَجازًا، وكذا حُكمًا؛ لأنه لم يَثبُت عليها شيءٌ من أَحكام القتلِ، فبَقِي موتًا حَقيقةً وحُكمًا.

وتَفويتُ الْمَعقودِ عليه يَتحقَّقُ بعدَ الموتِ، وبعدَه لم يَبقَ أهلًا للفِعل أصلًا، فلا يُضافُ التَّفويتُ إليها، والْمَولى أهلٌ للفِعل، فيُضافُ إليه.

---

(١) في (هـ): بالتبوئة.

(٢) في (هـ): الفعل.

نكَح أمةً: عزَل[1] بإذن سيِّدِها(س م).

زَوَّج أمته رَجُلًا: فالإذنُ في العَزل إلى الْمَولى.

اعلَم أن العزلَ جائزٌ في الجُملة؛ لما رُوِي أن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «اعزِلوهنَّ أوْ لا تَعزِلوهنَّ؛ إن اللهَ تَعالى إذا أرادَ خلْقَ نسَمةٍ فهو خالِقُها»[2].

خَيَّر بينَ العزلِ وتركِه، فدَلَّ أنه مُباحٌ، ولأنه ليس في العَزل إلا الامتِناعُ عن اكتِساب سببِ الولَدِ، وإنه جائزٌ، كوَطء الحاملِ.

ثم لا خِلافَ في جَوازه في الأَمة الْمَملوكةِ؛ لأنه لا حقَّ لها عليه في قَضاء الشَّهوةِ والولَدِ، وفي الحُرّة الْمَنكوحةِ لا يَحِلُّ إلا بإذنها؛ لأن لها حقًّا في الوَلَد وقَضاءِ الشَّهوةِ.

وأما في الأَمة الْمَنكوحةِ: فالإذنُ في العَزل إلى الْمَولى.

وعن[3] أبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أن الإذنَ إليها؛ لأن النِّكاحَ شُرِع صِيانةً لها عن السِّفاح، وذا إنما يَكونُ إذا كان كلٌّ منهما قاضِيًا وطَرَه، والعزلُ يُخِلُّ بذلك، فشُرِط رِضاها، كما في الحُرّة.

بخِلاف الأمةِ الْمَملوكةِ؛ لأنه لا مُطالَبةَ لها، فلا يُعتبَرُ رِضاها، وللأَمة الْمَنكوحةِ وِلايةُ الْمُطالَبةِ، فلا يَجوزُ إلا برِضاها.

(١) العَزْل: هو عزل الماء من موضع الولد عند الجماع حذار الحَمْل. «المشارق» ٢/ ٨٠.

(٢) روى الطبراني (٧٤٠٨) عن صرمة العذري قال: غزا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بني المصطلق، فأصبنا كرائم العرب، فأرغبنا في التمتع، وقد اشتدت علينا العزوبة، فأردنا أن نستمتع ونعزل، فقال بعضنا لبعض: ما ينبغي لنا أن نصنع هذا ورسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين أظهرنا حتى نسأله، فسألناه فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اعزلوا أو لا تعزلوا، ما كتب الله من نسمة هي كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة».
ورواه الإمام أحمد (١١٦٠٢) بلفظ: «ما عليكم أن لا تعزلوا، فإن الله قدر ما هو خالق إلى يوم القيامة».

(٣) في (ج): وعند، وفي (ب) كتب فوق (وعن): عنده .صح. وانظر «الهداية» ١/ ٢١١

وله: أن الأمةَ لا حقَّ لها في قَضاء الشَّهوةِ؛ لأن النِّكاحَ لم يُشرع حقًّا لها ابتِداءً وبَقاءً، فإنها لا تَتمكَّنُ من مُطالَبة سيِّدِها بالتَّزويج، ويَقدِرُ الزَّوجُ على إبطال نِكاحِها بلا استِطلاع رأيِها.

وإنما كانَت الكَراهةُ للوَلَد، والحقُّ في الوَلَد للمَولى لا لها، فشُرِط رِضاه لا رِضاها.

عَتَقت[1]: خُيِّرت، ولو زَوجُها حُرًّا[ف]، وكذا الْمُكاتَبةُ[ز].

فإن تَزوَّجت بإذن سيِّدِها، فعَتَقت: فلها الخِيارُ، حُرًّا كان زوجُها أو عبدًا.

فإن اختارَت نفسَها: فلا مهرَ لأحدٍ[2]؛ لأن الفُرقةَ من قِبَلها، وإن اختارَت زوجَها: فالمهرُ لسَيِّدها.

والأصلُ فيه: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبريرةَ حينَ عَتَقت: «مَلَكتِ بُضعَكِ، فاختارِي»[3].

فَقَد عَلَّل بمِلك البُضعِ، فيَقتَضي التَّسويةَ بينَهما[4] إذا كان زوجُها حُرًّا أو عبدًا؛ لأن الاشتِراكَ في العِلّة يُوجِبُ الاشتِراكَ في الْمَعلول.

وهو حُجّةٌ على الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ، فعندَه: عِلّةُ ثُبوتِ الخِيارِ مِلكُ البُضعِ وعدَمُ الكَفاءةِ، وهما لا يُوجَدان فيما إذا كان زوجُها حُرًّا، فلا يَثبُتُ الخِيارُ.

ولنا: أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَّل بمِلك البُضعِ فحَسْبُ، فلا تَجوزُ الزِّيادةُ عليه.

ولأن الْمِلكَ يَزدادُ عليها بالحُرِّيّة[5]، فيَملِكُ عليها ثَلاثَ تَطليقاتٍ، فلها أن تَدفعَ

---

(١) في (ف): فإن عتق خيرت.

(٢) في (ب): لها.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في (أ) و(ج) و(ز): بينما، وفي (و): بهما.

(٥) في (ب): بالحرة.

الزِّيادةَ عن نَفسِها، ولا تَقدِرُ على دَفعِها إلا بِرَفعِ أصلِ الْمِلكِ، فتَملِكُه ضَرورةً.

إلا أنه يَقولَ: عدَدُ الطَّلاقِ عندي مُعتبَرٌ بالرِّجالِ، فلم يَزدَدِ الْمِلكُ.

وكذا الْمُكاتَبةُ إذا تزوَّجت بإذنِ سيِّدِها ثم عَتَقت.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا خِيارَ لها؛ لأن النِّكاحَ نَفَذ عليها بِرضاها حتى كان المهرُ لها؛ وهذا لأن نَفاذَ نِكاحِها يَعتمِدُ رِضاها ورِضا سيِّدِها، فكان ضَرَرُ ازدِيادِ الْمِلكِ عليها مَرضيًّا به، فلا يَثبُتُ لها الخِيارُ بالعَتق.

ولنا: أن النَّبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خيَّر بريرةَ، وكانت مُكاتَبةً[1].

فإن قِيل: يَحتمِلُ أنها لم تكن مُكاتَبةً زمانَ النِّكاحِ[2]، وحينئذٍ لم يكن نَفاذُ نِكاحِها بِرضاها، فلم يكن ضَرَرُ ازدِيادِ الْمِلكِ مَرضِيًّا.

قُلنا: الظّاهرُ أنها كانت مُكاتَبةً زمانَ النِّكاحِ؛ لأن الحالَ يَدُلُّ على ما قبلَه.

على أنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رتَّب الخِيارَ على مِلكِها بُضعَها، فكان عِلَّةً لثُبوتِ الخِيارِ، والعِبرةُ لعُمومِ اللَّفظِ لا لخُصوصِ السَّبَبِ.

ولأن الاختِيارَ مَعلولٌ بزِيادةِ الْمِلكِ، وقد وُجِدت[3] في الْمُكاتَبة، فطَلاقُها ثِنتان، وعِدّتُها قُرآن، وإيلاؤُها شَهران.

---

(١) روى الإمام البخاري (٢١٥٦): عن حسان بن أبي عباد، حدثنا همام قال: سمعت نافعًا يحدث عن عبد الله بن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: أن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا ساومت بريرة، فخرج إلى الصلاة، فلما جاء قالت: إنهم أبوا أن يبيعوها إلا أن يشترطوا الولاء، فقال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنما الولاء لمن أعتق»، قلت لنافع: حرًّا كان زوجها أو عبدًا؟ فقال: ما يدريني.

وروى تخييرها البخاري (٥٢٨٠)، ومسلم (١٥٠٤).

(٢) قال في «البناية» ٥/ ٢٢٤: الظاهر أنها كانت مكاتبة وقت النكاح؛ لأن الحال يدل على ما قبله.

(٣) في (ز): وجد.

نُكِحَت بلا إذنٍ، فعَتَقت: صحَّ(ز) بلا خِيارٍ، فلو وَطِئ قبلَه: فالمهرُ له، وإلا لها، فإنْ مَلَكها مَن لا يَملِكُ وطْأَها، فأَجاز: صحّ(ز).

وإن تزوَّجت أمةٌ بغَير إذنِ سيِّدِها، ثم عَتَقت: صحَّ النِّكاحُ؛ لأن النِّكاحَ كان مُنعقِدًا لكَونها من أَهل العِبارةِ، حتى لو أقَرَّت بدَينٍ صحّ، وتُطالَبُ بعدَ العَتقِ، وأهليّةُ العِبارةِ من خَواصِّ الآدميّةِ، وهي فيها مُبقّاةٌ على أَصل الحُرِّيّةِ.

ولهذا لو تزوَّجت بإِذن سيِّدِها نَفَذ، وعدَمُ النُّفوذِ كان لحقِّ سيِّدِها، وقد زال ذلك بالعَتق.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنفُذُ النِّكاحُ؛ لأنه توقَّف على إِجازة سيِّدِها، فلا يَنفُذُ بدُون إجازتِه، وإعتاقُه ليس بإجازةٍ، فيَبطُلُ.

ولا خِيارَ لها؛ لأن النِّكاحَ نَفَذ بعدَ العَتقِ، وبعدَ النَّفاذِ لم يَزِد(١) عليها مِلكٌ، فلم يُوجَد سببُ الخِيارِ، فلا يَثبُتُ الخِيارُ، كما لو تزوَّجت بعدَ العَتقِ.

فإن تزوَّجت بغَير إذنِه على ألفٍ، ومهرُ مِثلِها مِائةٌ، فدَخَل بها زوجُها، ثم أعتقَها سيِّدُها: فالمهرُ للمَولى؛ لأنه استوفى مَنفعةً مَملوكةً له(٢)، فوَجَب البدَلُ له.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَجِبَ مَهران: مهرُ الْمِثلِ بالدُّخول قبلَ نَفاذِ النِّكاحِ؛ بِناءً على العَقد الْمَوقوفِ، ومهرٌ بالنِّكاح، وهو الْمُسمّى، كمن قال لأجنبيّةٍ: (إن تَزوَّجتُكِ فأنتِ طالِقٌ)، فتَزوَّجها ودَخَل بها: طَلُقت، وعليه نِصفُ الْمُسمّى بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ بحُكم العقدِ، ومهرٌ بالدُّخول بعدَ الطَّلاقِ.

قُلنا: القِياسُ كذلك، ولكنّا استحسَنّا وأوجَبنا مهرًا واحِدًا، وهو الْمُسمّى وقتَ

(١) في (ج): لم يزدد، وفي (د): لم يرد.

(٢) في (هـ) و(ز): (مملوكه) بدل (مملوكة له).

العقدِ؛ لأن العقدَ استَنَد جَوازُه إلى الأَصل، فصار ذلك العقدُ الْمَوجودُ عامِلًا من الابتِداء، كأن الإذنَ كان مُقترِنًا به، فيَجِبُ مهرٌ واحِدٌ.

وهذا لأنه لو وَجَب مهرٌ بالدُّخول لوَجَب بحُكم العقدِ؛ إذ لولاه لوَجَب الحدُّ، فكان المهرُ واجِبًا بالدُّخول مُضافًا إلى العَقد، فإيجابُ مهرٍ آخرَ بالعَقد جمعٌ بينَ الْمَهرَين بعقدٍ واحِدٍ، وإنه مُمتنِعٌ.

وإن لم يَدخُل بها حتى أعتَقَها: فالمهرُ لها؛ لأنه استَوفى مَنفَعةً مَملوكةً لها، فوَجَب البدَلُ لها.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَجِبَ المهرُ لسَيِّدها؛ لاستِناد الجَوازِ إلى الأَصل، كما لو تَزوَّجت بإِذن الْمَولى، ولم يَدخُل بها حتى أعتَقَها.

قُلنا: حُكمُ الاستِنادِ يَظهَرُ فيما لا[1] يَختلِفُ مُستحِقُّه، لا فيما يَختلِفُ، وهنا يَختلِفُ؛ لأن الْمُستحِقَّ زَمانَ الثُّبوتِ الأمةُ، وزَمانَ العقدِ السَّيِّدُ، وإذا كان الْمُستحِقُّ زَمانَ الثُّبوتِ الأمةَ[2] فيَمتنِعُ استِنادُ هذا الاستِحقاقِ إلى زَمان العقدِ؛ لأنه لو اسَتَند هذا الاستِحقاقُ إلى زَمان العقدِ يَبطُلُ هذا الاستِحقاقُ زَمانَ الثُّبوتِ، فيَبطُلُ الاستِنادُ من حيث يَثبُتُ.

فإن تَزوَّجت بغَير إذنِ الْمَولى، ثم وَرِثها أو اشتَراها رَجُلٌ: لا يَحِلُّ له وطؤُها، بأن كان ابنَه وقد وَطِئها أبوه، أو كان الْمُشتَري أو الوارِثُ امرأةً، فأَجاز المالِكُ الثّاني: يَنفُذُ ذلك النِّكاحُ الْمَوقوفُ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

---

(١) سقطت من (هـ).

(٢) قوله: (وإذا كان المستحق زمان الثبوت) مثبت من (أ) و(هـ)، ونسخة على هامش (ج)، وكلمة (الأمة) من (ج). وانظر «العناية» ٣/ ٤٠٦.

وإن كان يَحِلُّ له الوطءُ لا يَنفُذُ اتِّفاقًا؛ لأنه طَرأ حِلٌّ نافِذٌ على حِلٍّ مَوقوفٍ، فيُبطِلُه؛ لأن النّافذَ أقوى.

بخِلاف ما إذا لم يَحِلَّ له الوطءُ؛ لأنه لم يَطرَأ على الحِلِّ الْمَوقوفِ حِلٌّ نافِذٌ.

والتَّوقُّفُ على إجازة الأوَّلِ لِمِلكه[١]، فشُرِط رِضاه، والثّاني كالأوَّل فيه، فلا تَكونُ الإجازةُ من الثّاني تَنفيذًا على خِلاف ما تَوقَّف؛ لأن الحُكمَ في جَميع الأحوالِ يَثبُتُ للعَقد[٢].

وزفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقولُ: نِكاحُها يُوقَفُ على إجازة ذلك السَّيِّدِ، فلا يَنفُذُ بإجازة غيرِه، كما لو مَلَكها من يَملِكُ وطْأَها، وقد مرَّ جَوابُه.

وَطِئ أمةَ ابنِه، فوَلَدت، فادَّعاه: ثَبَت نَسَبُه، وصارَت أُمَّ وَلَدِه[ز ف]، ولا مهرَ، وتَجِبُ قِيمتُها، لا قِيمتُه.

رَجُلٌ وَطِئ أمةَ ابنِه، فوَلَدت منه: ثَبَت نسَبُه، وصارَت أُمَّ ولَدِه، وعليه قِيمتُها لا قِيمةُ الولَدِ، ولا مهرَ عليه.

ومَعنى الْمَسألةِ: أن يَدَّعيَه الأبُ.

وسَواءٌ ادَّعى شُبهةً أم لا، صَدَّقه الابنُ فيه أم لا.

وإنما يَثبُتُ النَّسَبُ إذا كانَت في مِلك الابنِ من وَقت العُلوقِ إلى حِين[٣] الدَّعوةِ؛ لأن الْمِلكَ إنما يَثبُتُ بطَريق الاستِنادِ إلى وَقت العُلوقِ، فيَستَدعي قِيامَ وِلايةِ التَّملُّكِ

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): (لتعلق المهر بالرقبة) بدل (لملكه).

(٢) قوله: (لأن الحكم في جميع الأحوال يثبت للعقد) مثبت من (ب) و(ج) و(هـ)، وفي (ب): (العبد) بدل (العقد).

(٣) في (ب): وقت.

من حِين العُلوقِ إلى حِين الدَّعوةِ.

وهذا لأن للأب وِلايةَ تَملُّكِ مالِ الابنِ عندَ الحاجةِ إلى صِيانة نفسِه؛ لقَوله صَلَّىٰللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «أنت ومالُك لأبِيك»[1].

وماؤُه جُزؤُه، فوَجَب صونُ مائِه عن الضَّياع بمال الابنِ، وذا بتَملُّك جاريتِه لتَصحيح فِعلِ الاستِيلادِ؛ إذ الاستِيلادُ إذا خَلا عن الْمِلك لَغا.

وإذا تَملَّكها غَرِم قِيمتَها لابنه؛ لأن حاجتَه ليست بكامِلةٍ؛ لأنها ليست من ضَرورات البَقاءِ، ولهذا لا يُجبرُ على أن يُعطيَ أَباه أمةً يَستولِدُها، فلِقِيام الحاجةِ أوجَبنا له التَّملُّكَ، ولعَدَم الضَّرورةِ أوجَبنا القِيمةَ؛ صِيانةً لمال الولَدِ.

ولأن مَقصودَ الأبِ إذا حَصَل مع مُراعاةِ حقِّ ابنِه يَجِبُ اعتِبارُه، وذا فيما قُلنا؛ لأن فيه صِيانةَ مائِه بلا إِهدار ماليّتِه؛ إذ زَوالُ الْمِلكِ ببدَلٍ كلا زَوالَ معنًى.

بخِلاف ما إذا تَناوَل طَعامَه عندَ الحاجةِ؛ لأنها من ضَرورات البَقاءِ، فيَتملَّكُها بلا عِوَضٍ، وذلك كنَفَقةٍ يُنفِقُها عليه.

ولا مهرَ عليه، وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: عليه العُقرُ؛ لأن الوطءَ وُجِد في غَير الْمِلكِ؛ إذ التَّملُّكُ إنما يَثبُتُ ضَرورةَ تَصحيحِ الاستِيلادِ؛ صِيانةً لمائه عن الضَّياع، فيَثبُتُ الْمِلكُ قبلَ العُلوقِ، ولا ضَرورةَ في نَقله إلى حال الوطءِ، فكان الإيلاجُ واقِعًا في غَير المحَلِّ.

ولنا: أن الوطءَ وَقَع في مِلكه، فلا يَجِبُ عليه العُقرُ؛ وهذا لأن الغرَضَ منه أن لا يَصيرَ زانِيًا، ولا يَضيعَ ماؤُه، ومن ضَرورة وُقوعِ فِعلِه في غَير مِلكِه ضَياعُ مائِه؛ لأنه لو صار زانِيًا في ابتِداء الإيلاجاتِ لكان زانِيًا، وماءُ الزّاني هدَرٌ.

(١) رواه الإمام أحمد (٦٩٠٢)، وأبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩١).

والاستِيلادُ عِبارةٌ عن الفِعل الذي يَحصُلُ به الولَدُ، وهو واحِدٌ حُكمًا، وإن تَعدَّدت الإيلاجاتُ، فيُقدَّمُ الْمِلكُ على جُملة الفِعلِ، فيَقَعُ الوطءُ في الْمِلك.

بخِلاف الجاريةِ الْمُشتركةِ بينَ اثنَين إذا ادَّعى أحَدُهما؛ فإنه يَضمَنُ نِصفَ العُقرِ؛ لأن تَملُّكَ نَصيبِ الشَّريكِ يَثبُتُ حُكمًا لصِحّة الاستِيلادِ، وحُكمُ الشَّيءِ يَعقُبُه، فبَقِي الوطءُ في نَصيب الشَّريكِ في غَير الْمِلكِ.

وهنا التَّملُّكُ شرطٌ لصِحّة الاستِيلادِ، وشرطُ الشَّيءِ يَسبِقُه، فكان الوَطءُ حاصِلًا في الْمِلك.

ولا يَضمَنُ قِيمةَ الولَدِ؛ لأنه انعَلَق حُرًّا؛ لاستِناد الْمِلكِ إلى ما قُبيلَ الاستِيلادِ.

ودِعوةُ[1] الجدِّ كدِعوة الأبِ عندَ عَدَم وِلايتِه.

ولو زَوَّجها أباه صحّ[ف]، ولم تَصِر أُمَّ وَلَدِه، ويَجِبُ المهرُ، لا القِيمةُ[ف]، ووَلَدُها حُرٌّ.

ودِعوةُ أبِ الأبِ كدِعوة الأبِ إذا انقَطَعت وِلايةُ الأبِ بالْموت أو الرِّقّ أو الكُفرِ؛ لأن وِلايتَه تَنقطِعُ بهذه الْمَعاني، وإذا انقَطَعت وِلايةُ الأبِ ظَهَرت وِلايةُ الجدِّ،

(١) الدِّعوة بالكسر: في النسبة، يقال دَعوته بابن زيد، وقال الأزهري: الدِّعوة بالكسر: ادعاء الولد الدَّعِيّ غيرَ أبيه، يقال: هو دَعِيٌّ بَيِّنُ الدِّعوة -بالكسر-: إذا كان يَدَّعي إلى غير أبيه، أو يدعيه غير أبيه، فهو بمعنى فاعل من الأول، وبمعنى مفعول من الثاني.

والدَّعوى والدَّعاوة بالفتح والادعاء: مثل ذلك.

وعن الكِسائي: لي في القوم دِعوةٌ -بالكسر-: أي قرابة وإخاء.

والدَّعوة بالفتح: في الطعام، اسم من دعوتَ الناسَ إذا طلبتَهم ليأكلوا عندك، يقال: نحن في دَعوة فلان ومَدْعَاته ودُعائه.. بمعنًى.

قال أبو عبيد: وهذا كلام أكثر العرب، إلا عدي الرباب، فإنهم يعكسون ويجعلون الفتح في النَّسَب، والكسرَ في الطعام، ودَعوى فلان كذا.. أي قولُه. «المصباح» ١/ ١٩٤.

فصَحَّت دِعوتُه.

ولو كان الابنُ زَوَّجها أباه، فوَلَدت: لم تَصِر أُمَّ ولَدٍ له، ولا قِيمةَ عليه فيها ولا في وَلَدها، وولَدُها حُرٌّ، وعليه المهرُ.

وهذا لأنه صحَّ التَّزوُّجُ[1] عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ؛ لأن له في مال ولَدِه حقَّ الْمِلكِ؛ لأن الشَّرعَ أضاف مالَ الولَدِ إلى الوالِد[2]، فإن تَقاصَر عن إفادة حَقيقةِ الْمِلكِ فلا تَتقاصَرُ هذه الإضافةُ عن إثبات حقٍّ له فيه؛ إعمالًا للحَديث بالقَدْرِ الْمُمكِنِ.

ولهذا لو وَطِئها لا يَجِبُ الحدُّ، وإن ظنَّ حُرمتَها.

ويَملِكُ الاستيلادَ، وحقُّ الْمِلكِ يَمنَعُ صِحّةَ النِّكاحِ، كجارِية مُكاتَبِه[3].

ولنا: أن الابنَ حُرٌّ، والحُرِّيّةُ تَستَدعي صَفاءَ الْمِلكِ له، فلا يَجِبُ لأحدٍ حقُّ الْمِلكِ[4] فيما يَمتنِعُ[5] به النِّكاحُ؛ تَحقيقًا للحُرِّيّة.

بخِلاف الْمُكاتَبِ؛ لأنه مَملوكٌ للسَّيِّد رَقَبةً، فوَجَب له حقُّ الْمِلكِ في مَكاسِبه؛ ألا تَرى أن الابنَ مَلَكها من كلِّ وجهٍ، فاستَحال أن يَملِكَها الأبُ بوجهٍ ما؛ لأنه إذا ثَبَت له بوجهٍ لا يَثبُتُ للابن من ذلك الوجهِ، ولهذا يَملِكُ الابنُ وطْأَها وإعتاقَها.

ولو تَعلَّق بها حقُّ الغيرِ لما حَلَّ الوطءُ، كوَطء جارِيةِ الْمُكاتَبِ[6]، وإضافةُ الشَّرعِ

(١) في (ج) و(هـ): التزويج.

(٢) أي في قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنت ومالك لأبيك».

(٣) في (هـ): مكاتبة.

(٤) مثبتة من (هـ).

(٥) في (ب) و(هـ): يمنع.

(٦) في (د): الجارية المكاتبة.

إليه أوجَب[1] حقَّ التَّملُّكِ لا حقَّ الْمِلكِ؛ لأنه قرَّر[2] المالَ على مِلك الابنِ، ثم أَضافه إلى الأَب، ومِثلُه يُذكَرُ لجَواز الانتِفاعِ وثُبوتِ حقِّ التَّملُّكِ في العادة.

وحقُّ الْمِلكِ يَمنَعُ الوطءَ؛ لأنه عِبارةٌ عن الثُّبوت من وجهٍ، لا حقُّ التَّملُّكِ؛ لأنه ليس بثابتٍ بوجهٍ ما؛ ألا تَرى أن لنا حقَّ التَّملُّكِ في الأَشياء الْمُباحةِ، كالصَّيد والحَشيشِ، وليس لنا حقُّ الْمِلكِ فيهما قبلَ التَّملُّكِ.

وامتِناعُ النِّكاحِ يَستَدعي ثُبوتَ شيءٍ له في المحَلّ، ولا شيءَ للأَب في هذا المحَلِّ؛ لما قرَّرنا، فيَجوزُ النِّكاحُ.

وإذا صحَّ النِّكاحُ وَقَع به صِيانةُ الماءِ، وصحَّ به الاستِيلادُ، فاستَغنى عن تَملُّك الجاريةِ؛ لأن ثُبوتَ مِلكِ اليَمينِ لصِيانة مائِه، وقد صار مَصونًا بالنِّكاح.

وسُقوطُ الحد لا يَعتمِدُ الْمِلكَ؛ فإن البائعَ إذا وَطِئ الْمَبيعةَ قبلَ القبضِ لا يُحَدُّ، بل يَعتمِدُ دَليلَ الإباحةِ.

وعَتَق الولَدُ؛ لأن مَولى الجاريةِ مَلَك أَخاه، فيَعتِقُ عليه[3].

ووَجَب المهرُ بحُكم النِّكاحِ.

ولا قِيمةَ عليه فيها وفي وَلَدها؛ لأنه لم يَملِكهما[4].

قالَت لسَيِّد زَوجِها، أو قال لسَيِّد زَوجتِه: (أعتِق عنِّي بألفٍ)، ففعَل: فَسَد(ز) النِّكاحُ، وعليها أو عليه ألفٌ، والوَلاءُ[5] لها أو له، وسَقَط المهرُ.

---

(١) في (هـ): أوجبت.

(٢) في (ب): قيد، وفي (هـ): قر.

(٣) في (ب): (فتعين) بدل (فيعتق عليه).

(٤) في (ب) و(ج): لم يملكها، وفي (د): لا يملكهما، وفي (هـ): لا يملك.

(٥) الولاء: من آثار العتق، مأخوذ من الوَلْي بمعنى: القرابة، يقال: بينهما ولاء: أي قرابة حكمية =

حُرَّةٌ تحتَ عبدٍ قالَت لسَيِّده: (أعتِقه عنّي بألفٍ)، ففَعَل: عَتَق العبدُ، وفَسَد النكاحُ، وسَقَط المهرُ، وعليها للمَولى ألفٌ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَفسُدُ النكاحُ.

وكذا لو قال رَجُلٌ تحتَه أمةٌ لِمَولاها: (أعتِقها عنّي بألفٍ)، ففَعَل: عَتَقت الأمةُ، وفَسَد النكاحُ، وللمَولى على الزَّوج ألفٌ.

وأصلُه: أن العَتقَ يَقَعُ عن الآمِر عندَنا، حتى يَكونُ الوَلاءُ له، ويَخرُجُ عن عُهدة الكَفّارةِ لو نَواها.

وعندَ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ[1]: يَقَعُ عن الْمَأمور؛ لأن هذا الكَلامَ خَرَج باطِلًا؛ لأن طلَبَ الإعتاقَ من غَير المالِكِ لغوٌ؛ إذ لا عَتقَ فيما لا يَملِكُه ابنُ آدمَ، فيَقَعُ العَتقُ عن الْمَأمور.

ولنا: أنها أمرَتْه بإعتاق عبدِه عنها، ولا يُتصوَّرُ الإعتاقُ عنها إلا بتَقدُّم مِلكِها فيه، فيَثبُتُ مِلكُها فيه اقتِضاءً؛ تَصحيحًا لكَلامها، كمن قال لامرَأته الْمَوطوءةِ: (اعتَدّي)، ونَوى الطَّلاقَ، فإنه يَقَعُ؛ لأنه لا صِحّةَ للاعتِداد إلا بتَقديم الطَّلاقِ، فوَجَب تَقديمُه اقتِضاءً.

وكذا إذا تَبايَع العاقِدان بألفٍ، ثم تَبايَعا بتِسعِمِائةٍ، فإن الأوَّلَ يَنتقِضُ؛ مُقتضى تَصحيحِ الثّاني، فكذا هنا يَثبُتُ الْمِلكُ لها قبلَ العَتقِ؛ لأنه شرطُ صِحّتِه، وشرطُ الشَّيءِ تابعٌ له، فيَثبُتُ بثُبوت أصلِه.

= حاصلة من العتق أو الموالاة، ومنه قوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»، أي وصْلَةٌ كوصل النسب، وقيل: الولاء والولاية بالفتح: النصرة، وفي «الصحاح»: الولاء: ولاء المعتِق. «الأنيس» ص٩٨.

(١) في (ب) و(ج): (وعنده) بدل (وعند زفر والشافعي).

فإن قِيل: البيعُ يَفتقِرُ إلى الإيجاب والقَبولِ.

قُلنا: نعم! إذا كان مَقصودًا، فأما إذا كان مُقتضًى: فلا؛ ألا تَرى أن الطَّلاقَ يَقعُ بقَوله: (اعتَدِّي) بلا رُكنه.

والفسخُ يَثبُتُ بإيجاب البيعِ الثّاني، وهو ضِدُّ العقدِ تبعًا له، فإذا صحَّ هذا يَثبُتُ الْمِلكُ بالشِّراء، ويَفسُدُ النّكاحُ؛ لأن مِلكَ اليَمينِ إذا طَرأ على مِلك النّكاحِ أبطَله.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يُبطِلَ النّكاحَ؛ لأن الْمِلكَ هنا كما يَثبُتُ يَزولُ حُكمًا للإعتاق، فلم يكن مُتقرِّرًا، فلا يَبطُلُ به النّكاحُ، كالوَكيل إذا اشتَرى مَنكوحتَه.

قُلنا: الْمِلكُ ثَمَّ يَثبُتُ للمُوكِّل ابتِداءً في الصَّحيح من الْمَذهَب، ولئن ثَبَت للوَكيل ثُمَّ يَنتقِلُ عنه كما زَعَم البعضُ، فإنما لا يُفسِدُ النّكاحَ: لأنه تَعلَّق به حقُّ غيرِه زَمانَ الثُّبوتِ، ومِثلُه لا يُفسِدُ النّكاحَ، وفيما نحن فيه لم يَتعلَّق به حقُّ غيرِه، فيَفسُدُ به النّكاحُ.

فإن قِيل: أليس أنه لو قال لعَبده: (كَفِّر يَمينَك بالمال) فإنه لا يَعتِقُ، ولا يَتمكَّنُ من التَّكفير بالمال إلا بالعَتق، فكان يَنبَغي أن يَثبُتَ العَتقُ اقتِضاءً.

قُلنا: الحُرِّيّةُ لا تَصلُحُ أن تَثبُتَ اقتِضاءً؛ لأن الثّابتَ اقتِضاءً ثابِتٌ تبعًا، وبالحُرِّيّة يَصيرُ أهلًا للتَّكفير بالمال، فكانَت أصلًا لا تبعًا، فلا تَثبُتُ اقتِضاءً.

ألا تَرى أن الكُفّارَ لم يُخاطَبوا بالشَّرائع لأنها لا تُعتبَرُ بلا إيمانٍ، ولا يَثبُتُ اقتِضاءً؛ لأنه يَثبُتُ به أهليّةُ أدائِها، فلا يَثبُتُ اقتِضاءً.

وعلى هذا يُخرَّجُ قولُه له: (تَزوَّج أربَعًا).

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يَفسُدَ النّكاحُ، لأن الثّابتَ بالضَّرورة يَتقدَّرُ بقَدْرِها، والضَّرورةُ في ثُبوت العَتقِ عن الآمِرِ لا في فَساد النّكاحِ.

قُلنا: الشَّيءُ إذا ثَبَت ثَبَت بلَوازِمه وضَروراتِه؛ إذ لو لم تَثبُت لَوازِمُه لاستَحال ثُبوتُه؛ لأن عدمَ اللّازمِ يَدُلُّ على عدمِ الْمَلزومِ، ومن لَوازِمِ ثُبوتِ الْمِلكِ العارِي عن تَعلُّقِ حقِّ الغيرِ به فَسادُ النِّكاحِ، فيَفسُدُ.

ولو لم يَقُل (بألف): لا(س)، والوَلاءُ للمُعتِق.

ولو قالَت: (أعتِقه عنِّي)، ولم تُسَمِّ مالًا، فأعتَقه: لم يَفسُد النِّكاحُ، والوَلاءُ للمُعتِق عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسفَ[1] رَحِمَهُٱللَّهُ: هذا والأوَّلُ سَواءٌ، فيَصِحُّ الأمرُ، وتَملِكُه الْمَرأةُ، ويَعتِقُ عنها، ووَلاؤُه لها، ويَفسُدُ النِّكاحُ؛ لأن التَّمليكَ يَثبُتُ تبَعًا للإعتاق، فيُعتبَرُ صَحيحًا بدُون شرطِه، وهو القبضُ، وإن كان التَّبرُّعُ الْمَقصوُد لا يَصِحُّ بلا قبضٍ.

وهذا لأن الرُّكنَ أَقوى من الشَّرط، وقد أسقَطنا الرُّكنَ في الْمَسألة الأُولى تَصحيحًا لتَصرُّفه، فلأَن يَصِحَّ إسقاطُ الشَّرطِ لتَصحيح تَصرُّفِه أَولى.

ولهما: أنها مُستوهِبةٌ، ولم يُوجَد منها القبضُ، فلا تَملِكُه، ولا يَقَعُ عنها العَتقُ، كما لو قالَت صَريحًا: (هَبْه منِّي)، ففعَل، فقبلَ أن يُسلِّمَه أعتَقه عنها بأَمرِها، فإنه يَصيرُ مُعتِقًا عن نَفسه، وتَبطُلُ الهِبةُ، فكذا هنا.

وقولُه: (إن القبضَ شرطٌ فيَسقُطُ تبَعًا، كالرُّكن).. باطِلٌ؛ لأنه إنما يُسقِطُ تبَعًا ما يَحتمِلُ السُّقوطَ، والقبضُ في الهِبة لا يَحتمِلُ السُّقوطَ بحالٍ، فلا يَعمَلُ فيه دَليلُ السُّقوطِ، وهو التَّبَعيّةُ، والرُّكنُ في البَيع يَحتمِلُ السُّقوطَ، كما في بَيع التَّعاطي.

فإن قِيل: أليس أنه لو قال لآخرَ: (أعتِق عبدَك عنِّي بألف دِرهَمٍ ورَطلِ خمرٍ): أنه يَصِحُّ، ويَعتِقُ عنه وإن لم يُوجَد القبضُ، والبيعُ الفاسِدُ كالهِبة في اشتِراط القبضِ.

---

(١) في (ج) و(هـ): وعند أبي يوسف.

وكذا لو كان عليه كَفّارةُ ظِهارٍ، فأمَر غيرَه أن يُطعِمَ عنه، فإنه يَصِحُّ.

قُلنا: قد ذَكَر الكَرخيُّ: أن العَتقَ يَقَعُ عن الْمَأمور في مَسألة الخمرِ على قَولهما، والْمَذكورُ قولُ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولئن سُلِّم فالبيعُ الفاسِدُ مَشروعٌ كالصَّحيح، فاحتَمَل أن يَسقُطَ القبضُ عنه، فصحَّ[1] إسقاطُه اقتِضاءً؛ لأن الفاسِدَ يُلحَقُ بالجائز، ويُتعرَّفُ حُكمُه منه.

والفَقيرُ في تلك الْمَسألةِ يَنوبُ عن الآمِرِ في القَبض؛ لكَون الطَّعامِ قائمًا قابِلًا للقَبض، فتَتِمُّ به الهِبةُ، ثم يَصيرُ مُؤدِّيًا إلى نَفسه بحقِّ الكَفّارةِ.

أما العبدُ: فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ قابِضًا نِيابةً عن الآمِرِ؛ لأن ماليّتَه تَتلَفُ بالإعتاق، ولا يَقَعُ في يَده شيءٌ ليَنوبَ عن الآمِرِ.

أمَر عبدَه أن يَنكِحَ، فأَجاز ما فَعَله: صحّ، كالفُضوليّ، والصَّبيّ.

أمَر عبدَه أن يَتزوَّجَ، وقد كان تَزوَّج قبلَه بغَير إذنِه فأَجاز ذلك: لا يَنفُذُ قِياسًا؛ لأن الأصلَ أن الْمَأمورَ بالتَّصرُّف إذا وافَق أمرَ آمرِه يَصِحُّ، وإلا لا.

والإجازةُ غيرُ النِّكاحِ، ولهذا شُرِط الشُّهودُ في النِّكاح دونَها، وكذا الإيجابُ والقَبولُ.

ويَنفُذُ استِحسانًا؛ لأن الْمَقصودَ من الأَمر بالتَّزوُّج شَغلُ رَقَبةِ العبدِ بالْمَهر، والتَّحصينُ والعِفّةُ، وذا يَحصُلُ بالإجازة، وهي أخفُّ مُؤنةً من العَقد، فصارَت الإجازةُ من النِّكاح كبَعض الشَّيءِ من كلِّه، والْمَأمورُ بالشَّيء يَملِكُ بعضَه.

والفُضوليُّ والصَّبيُّ كالعَبد.

---

(١) في (أ): فيصح.

ولو قال: (برَقَبته)، فنكَح بها أمةً، أو مُدبَّرةً، أو أُمَّ وَلَدٍ: صحّ، وحُرّةً ومُكاتَبةً: لا.
ولو كان مُدبَّرًا، أو مُكاتَبًا: صحّ.

ولو أمَره أن يَتزوَّجَ امرأةً على رَقَبته، فتَزوَّج عليها أمةً، أو مُدبَّرةً، أو أُمَّ ولَدٍ: صحّ؛ لأنه يَصيرُ مِلكًا لِمَولى امرأتِه؛ وذا غيرُ مُنافٍ للنكاح.

ولو تزوَّج حُرّةً أو مُكاتَبةً: لم يَجُز.

أما الحُرّةُ: فلأنَّ مِلكَ الْمَرأةِ رَقَبةَ زوجِها إذا طَرأ على النّكاح يَرفَعُه، فإذا قارَنه مَنَعه؛ لأن مِلكَها زوجَها يُنافِي النّكاحَ، والجمعُ بينَ الْمُتنافيَين باطِلٌ.

وأما الْمُكاتَبةُ: فلأنه لو صحَّ لثَبَت لها حقُّ الْمِلكِ، وحقُّ الْمِلكِ يَمنَعُ ابتِداءَ النّكاحِ، وإن لم يَمنَع بَقاءَه؛ لأن الحقَّ ثابِتٌ من وجهٍ دونَ وجهٍ، فما كان ثابِتًا لا يَبطُلُ بالشّكّ، وما ليس بثابِتٍ لا يَثبُتُ بالشّكّ.

وإن كان العبدُ مُدبَّرًا أو مُكاتَبًا: فالنّكاحُ جائِزٌ في ذلك كلِّه، وتَجِبُ قِيمةُ الْمُدبَّرِ والْمُكاتَبِ؛ لأنهما لا يَحتمِلان النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ.

وكانَت القِيمةُ دَينًا في رَقَبة الْمُدبَّرِ والْمُكاتَبِ، لأن تَسميةَ المالِ وُجِدت، والعجزُ عن التَّسليم قد تَحقَّق، فتَجِبُ القِيمةُ.

فإن قِيل: يَنبَغي أن تُفسَخَ[1] الكِتابةُ؛ لأنها تَحتمِلُ الفسخَ بالتَّراضِي، وقد رَضِي بذلك الْمَولى والْمُكاتَبُ حينَ جَعَلاه مهرًا، فيَنبَغي أن يَتضمَّنَ الفسخَ، كما إذا باعَه برِضاه.

قُلنا: إنما يَنفسِخُ في البَيع اقتِضاءً: تَصحيحًا له، وهنا لو انفَسَخت يَبطُلُ النّكاحُ.

---

(١) في (ج) و(د): تنفسخ.

ولو أطلَق، فنكَح بها: صحَّ في الكلِّ بقِيمته.

ولو أمَره بالتَّزوُّج ولم يَقُل: على رَقَبتك، فتَزوَّج على رَقَبته: جاز النِّكاحُ بقِيمته، حُرّةً كانَت أو أمةً؛ لأن العبدَ تَزوَّج وهو مَأمورٌ، وجَعَل رَقَبتَه مهرًا، وهو غيرُ مَأمورٍ به، فصار كما لو تَزوَّج على عَبد الغيرِ.

وهذا إذا كانَت قِيمتُه مِثلَ مهرِ الْمِثلِ أو أكثرَ مما يُتغابَنُ فيه، فإن كان مما لا يُتغابَنُ فيه فلا يَجوزُ، حتى إذا دَخَل بها في ذلك لم يُبَع في الْمَهر، حتى يَعتِقُ، كما لو تَزوَّج امرَأةً بغَير أمرِ مَولاه[1]، فدَخَل بها.

وهذا وإن كان ضَمانَ الفِعلِ، وهو لا يَفتقِرُ إلى الإذن.. لكنَّ الفِعلَ إنما صار سبَبًا بالقَول، فأُلحِق بضَمان الأقوالِ.

ثم قِيل: هذا قولُهما بِناءً على التَّوكيل بالبَيع، **والصَّحيحُ**: أنه قولُ الكلِّ؛ لأنه كالوَكيل بالشِّراء؛ لأنه يَتملَّكُ البُضعَ بمالٍ في الذِّمّة.

نكَح بلا إذنه على رَقَبته، فأَجاز: صحَّ في مُدبَّرةٍ وأُمِّ وَلَدٍ، لا في حُرّةٍ ومُكاتَبةٍ.

وإن تَزوَّج بغَير إذنِه على رَقَبته[2] حُرّةً أو مُكاتَبةً، فأَجاز الْمَولى: لا يَصِحُّ؛ لأن الإجازةَ في الانتِهاء كالإذن في الابتِداء، ولو أذِن له ابتِداءً بهذا النِّكاحِ لا يَصِحُّ، فكذا إذا أَجاز.

فإن دَخَل بها قبلَ الإجازةِ يُؤخَذُ بعدَ العَتقِ، وإن دَخَل بها بعدَها يُطالَبُ به في الحال؛ لأن الدُّخولَ حَصَل بإذن الْمَولى، كما لو أمَره بنِكاحٍ فاسِدٍ فدَخَل بها.

---

(١) في (هـ): مولاها.

(٢) في (هـ): رقبة.

وإن كانَت مُدبَّرةً أو أُمَّ ولَدٍ: جاز النِّكاحُ بالإجازة؛ لأنه لو سَبَق الإذنُ جاز، فكذا إذا لَحِقت الإجازةُ به.

ويَجِبُ الْمُسمّى بالدُّخول بكلِّ حالٍ.

زَوَّج ابنتَه بِرضاها من مُكاتَبه: صحّ، وإن مات ووَرِثَته: لا يَفسُدُ(ف)، ولو أبانَها[1] لا يَتزوَّجُها.

زَوَّج ابنتَه البالِغةَ بِرضاها من مُكاتَبه: صحّ.

ولو كانَت صَغيرةً صحَّ عندَه، خِلافًا لهما؛ لعَدَم الكَفاءةِ، وقد مَرَّت.

فإن مات الأبُ ووَرِثَته: لا يَفسُدُ النِّكاحُ، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَفسُدُ؛ لأنها مَلَكت زوجَها بالإرث، ولهذا كان البدَلُ لها، وصحَّ إعتاقُها له.

ولنا: أنها ما ملكَته، فلا يَفسُدُ؛ لأنه لا يُورَثُ؛ لأنه سببُ مِلكٍ، ولا يُملَكُ بسببٍ من الأَسباب، فكذا بهذا السَّببِ.

وإنما مَلَكت ما في ذِمّتها من الْمُكاتَبة والإعتاقِ: إبراءً عن بَدَل الكِتابةِ، ثم يَثبُتُ العَتقُ ضِمنًا، والثّابتُ لها فيه حقُّ الْمِلكِ، وهو يَمنَعُ الابتِداءَ لا البَقاءَ.

حتى لو أَبانها فتزَوَّجها: لم يَجُز.

ولو مات بعدَه، وتَرَك ثَلاثةَ آلافٍ، والمهرُ ألفٌ، والكِتابةُ ألفٌ: بُدِئ به، ثم بها، وتَرِثُ رُبُعَ البَقِيّةِ، وتَعتدُّ لوَفاته، ولا تَرِثُ بالوَلاء.

---

(١) بان الشيء: إذا انفصل، فهو بائن، وأَبَنْتُه بالألف: فصلته، وبانت المرأة بالطلاق.. فهي بائن: بغير هاء، وأبانها زوجها.. بالألف، فهي مبانة، قال ابن السكيت في كتاب «التوسعة»: وتطليقة بائنة: والمعنى مُبانة، قال الصغاني: فاعلة بمعنى مفعولة. «المصباح» ١/ ٧٠.

ولو مات الْمُكاتَبُ بعدَ موتِ الأبِ، وتَرَكَ ثَلاثةَ آلافٍ، والمهرُ ألفٌ، وبدَلُ الكِتابةِ ألفٌ: يُبدأُ بدَين المهرِ؛ لأنه أَقوى؛ لِصِحّة الكَفالةِ به، لا ببَدَل الكِتابةِ.

ثم ببَدَل الكِتابةِ؛ لأنه مُقدَّمٌ على الإِرث؛ لأنه دَينٌ، والدَّينُ وإن ضَعُف يُقدَّمُ على الإِرث.

ثم بالإِرث، يُعطى لها الرُّبُعُ بالزَّوجيّة، والباقِي لوَرَثة الْمُكاتَبِ.

وإن لم يكن له وارِثٌ: فلا تَرِثُ من الْمُكاتَب؛ لحُكم الوَلاءِ؛ بالحَديث الْمَعروفِ[1].

وتَعتدُّ لوَفاته؛ لانتِهاء النِّكاحِ بالْمَوت.

ولو تَرَكَ أَقَلَّ من ألفَين.. إن لم يَدخُل بها، أو دَخَل ولا وارِثَ معها: بُدِئ بها، وبه[2] لو معها وارِثٌ، وتَعتدُّ بالحِيَض، وإن عَجز فَسَد نِكاحُها، وسَقَط مهرُها إن لم يَطَأ، أو وَطِئ ولا وارِثَ معها، وإن كان سَقَط ما في قِسطها[3].

وإن تَرَكَ أقَلَّ من ألفَي دِرهَمٍ.. فإن لم يَدخُل بها الْمُكاتَبُ ومعها وارِثٌ أوْ لا، أو دَخَل بها وليس معها وارِثٌ آخرُ: يُبدأُ ببَدَل الكِتابةِ ثم بالْمَهر؛ لأَنَّا لو بَدأنا بالْمَهر أوَّلًا لبَطَل كلُّه آخِرًا؛ لأن الْمُكاتَبَ يَموتُ عاجِزًا؛ لأن ما بَقِي لا يَفِي ببَدَل الكِتابةِ، فيَبطُلُ كلُّ المهرِ.

أما إذا دَخَل بها ولا وارِثَ معها: فلأَنَّها مَلَكت رَقَبةَ بعلِها، والْمَولى لا يَستوجِبُ

---

(١) أي حديث: «الولاء لمن أعتق»، وقد رواه الستة: البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٢٩١٥)، والترمذي (٢١٢٤)، والنسائي (٢٦١٤)، وابن ماجه (٢٠٧٦).

(٢) أي بدئ به.

(٣) القِسط: النصيب، والجمع أقساط، مثل حمل وأحمال، وقَسَّط الخراج تقسيطًا: إذا جعله أجزاء معلومة. «المصباح» ٢/ ٥٠٣.

على عَبده دَينًا.

وأما إذا لم يَدخُل بها ومعها وارِثٌ أوْ لا: فلأنها مَلكت بعضَ رَقَبتِه في آخِر جُزءٍ من أَجزاء حَياتِه، فيَسقُطُ كلُّ المهرِ؛ لوُقوع الفُرقةِ من قِبَلها قبلَ الدُّخولِ بها.

وإن كان معها وارِثٌ وقد دَخَل بها: يُبدَأُ بالْمَهر، وإن كان يَموتُ الْمُكاتَبِ عاجِزًا؛ لأنه لا يَبطُلُ كلُّ المهرِ هنا، والأصلُ هو البِداءةُ بالْمَهر، إلا إذا أدّى ذلك إلى إبطال كلِّ المهرِ.

وهذا لأن العبدَ يَصيرُ مُشتركًا بينَها وبينَ وارِثٍ آخرَ، فنُصِّف المهرُ الذي وَقَع في نَصيبها إن كان يَسقُطُ، فالنِّصفُ الذي وَقَع في نَصيب الوارِثِ لا يَسقُطُ، فتَأخُذُ البِنتُ نِصفَ كسبِ الْمُكاتَبِ بحُكم الإرثِ، ونَصيبَ الوارِثِ الآخرِ[1] بحُكم الدَّينِ.

وتَعتدُّ بثَلاث حِيَضٍ؛ لأن الفُرقةَ قبلَ موتِه بسَبَب مِلكِها شيئًا من رَقَبته.

ولو لم يَمُت وعَجَز: فَسَد نِكاحُها، وسَقَط كلُّ المهرِ إن لم يَدخُل بها، أو دَخَل بها وليس معها وارِثٌ؛ لأنها ملكَتْه، والْمَولى لا يَستوجِبُ على مَملوكه دَينًا.

وإن كان معها وارِثٌ ودَخَل بها: سَقَط النِّصفُ الذي في نَصيبها، وبَقِي النِّصفُ الذي في نَصيب الآخرِ، يُباعُ به.

حُرٌّ نكَح مُكاتَبةً بأمةٍ[2]، فزَوَّجَتْها منه قبلَ قبضِها، فطَلَّقهما معًا، أو الأمةَ أوَّلًا قبلَ وطئِهما: فالأمةُ ونِصفُ مهرِها بينَهما نِصفان، ولو طَلَّق الْمُكاتَبةَ أوَّلًا: بَطَل مهرُ الأمةِ.

حُرٌّ تَزوَّج مُكاتَبةً بإذن سيِّدِها على أمةٍ بعَينها، ولم تَقبِضها حتى زوَّجَتْها[3] منه

(١) في (هـ): للأخ.

(٢) في (م): على أمة.

(٣) في (د) و(هـ): زوجها.

بمِائةٍ: صحَّ النِّكاحُ؛ لأنها ملكَتْها بنَفس العقدِ، فتَملِكُ التَّصرُّف قبلَ القبضِ.

فإن طَلَّقهما معًا قبلَ الدُّخولِ طَلُقتا.

أما الْمُكاتَبَةُ: فظاهِرٌ.

وأما الأمةُ: فلأن الْمِلكَ إنما يَثبُتُ للزَّوج فيها حُكمًا للطَّلاق، فيَثبُتُ الْمِلكُ بعدَ وُقوعِ الطَّلاقِ على الْمُكاتَبة.

ويَكونُ للزَّوج ثَلاثةُ أرباعِ مهرِ الأمةِ ونصفُها، ويَسلَمُ للمُكاتَبة نِصفُ الأمةِ ورُبُعُ مهرِها؛ لأن مهرَ الأمةِ تَنصَّفُ بطَلاقها، وبَقِي النِّصفُ زِيادةً قبلَ القبضِ، فيَتنصَّفُ معها؛ لأن الزِّيادةَ الْمُنفصِلةَ في الْمَهر قبلَ القبضِ تَتنصَّفُ بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ؛ لأن حُكمَ العقدِ سَرى إليها، ولا يَتنصَّفُ بعدَ القبضِ.

وإن طَلَّق الأمةَ أوَّلًا فهو على ما بَيَّنّا.

وإن طَلَّق الْمُكاتَبَةَ أوَّلًا: فَسَد نِكاحُ الأمةِ بلا طَلاقٍ، وسَقَط مهرُ الأمةِ؛ لأن الفَسادَ من قِبَلها؛ حيث قَصَّرت في تَسليم نفسِها، كمن تَزوَّج صَغيرةً نَصرانيّةً، فتَمجَّس أبَواها[1]: بانَت وسَقَط مهرُها، وإن لم تَصنَع شيئًا.

ولو زَوَّجَتْها[2] بعدَ القبضِ، فطَلَّقهما[3]: عليها نِصفُ قِيمتِها مُذ قُبِضت.

ولو زوَّجَتْها[4] بعدَما قَبَضت، ثم طَلَّقهما[5] ....

(١) في (ز) و(هـ): أبوها.

(٢) في (ع): زوجتهما.

(٣) في (م) و(ن) فطلقها.

(٤) في (هـ) و(د): زوجها.

(٥) في (ب) و(ج) و(د): طلقها.

قبلَ الدُّخولِ: لم تتنصَّف الأمةُ[1]؛ لأن مهرَها زِيادةٌ بعدَ القبضِ، فيَمنَعُ تنصُّفَها، وقد وَجَب عليها ردُّ النِّصفِ، وعَجزت.

فيَجِبُ نِصفُ قِيمتِها يومَ قَبَضت، ولا يَفسُدُ نِكاحُ الأمةِ؛ لأنها لم تَعُد إلى مِلكه.

ولو زَوَّجَتْها قبلَ القبضِ، ووَطِئ الأمةَ[2] فقط، فطَلَّقهما: أخذ نِصفَ الأمةِ، أو نِصفَ قِيمتِها مذ وَطِئ.

ولو زوَّجَتْها[5] قبلَ القبضِ ودَخَل بها، ثم طَلَّقهما[6] ثَلاثًا قبلَ أن يَدخُلَ بالْمُكاتَبَة: فهو بالخِيار، إن شاء أخَذ نِصفَ الأمةِ، وإن شاء نِصفَ قِيمتِها يومَ دَخَل بها؛ لأن الوطءَ عيبٌ، وقد حَصَل بتَسليط الْمُكاتَبةِ، فصار كما لو جَنَت[7] عليها.

ولو قَبَضَتْها، فزَوَّجَتْها، ووَطِئ، فطَلَّقهما: عليها نِصفُ قِيمتِها مُذ قُبِضت.

ولو قبضَتْها ثم زوَّجَتْها، ثم دَخَل بها، ثم طَلَّقهما معًا أو مُرتَّبًا: سَلِمت الجارِيةُ ومهرُها للمُكاتَبة، وغَرِمت نِصفَ قِيمتِها يومَ قَبَضت.

لأن مهرَ الأمةِ زِيادةٌ في مَهر الْمُكاتَبةِ حَدَثت بعدَ القبضِ، فتَمنَعُ التَّنصُّفَ.

وإن طَلَّق الْمُكاتبة أوَّلًا لا يَفسُدُ نِكاحُ الأمةِ.

ولو طَلَّق الْمُكاتَبةَ أوَّلًا: لا يَفسُدُ نِكاحُ الأمةِ؛ لأن المهرَ إذا كان مَقبوضًا لا يَعودُ إلى مِلك الزَّوجِ إلا بقَضاءٍ أو بِرِضًا.

---

(١) في (هـ): لم يتنصف مهر الأمة.

(٢) في (ع): ولو زوجتها قبل القبض ودخل بالأمة دون المكاتبة فطلقهما.

(٥) في (هـ) و(د): زوجها.

(٦) في (ج) و(د): طلقها.

(٧) في (د): وجبت.

فإن طَلَّق الأمةَ بعدَ ذلك قبلَ أن يُقضى له بشيءٍ: وَقَع الطَّلاقُ، ويَكونُ ثَلاثةُ أرباعِ مهرِها للزَّوج، ويَسلَمُ الرُّبُعُ للمُكاتَبة.

وإن لم تُطلَّق حتى قُضِي للزَّوج: بَطَل كلُّ المهرِ، وفَسَد النِّكاحُ.

ولو زَوَّجتها[1] منه قبلَ القبضِ، فوَلَدت أولادًا، ثم طَلَّق الْمُكاتَبةَ قبلَ الدُّخولِ: سَلِمت الأمةُ وأولادُها للمُكاتَبة؛ للزِّيادة بعدَ القبضِ؛ لأنها تَصيرُ قابِضةً الأمةَ بوَطءِ الزَّوجِ، وعليها نِصفُ قِيمتِها.

فلو زَوَّجَتْها بعدَ الطَّلاقِ لا يَصِحُّ، فالحقُّ يَمنَعُ النِّكاحَ ابتِداءً لا بَقاءً، كما لو نكَحَ مُكاتَبةَ أَبِيه، فمات: لم يَفسُد، ولو نكَحها بعدَ مَوتِه لا يَصِحُّ، ونَظائِرِها[2].

وإن طَلَّق الْمُكاتَبةَ بعدَما قَبَضت الأمةَ، ولم يُقضَ للزَّوج بالنِّصف، فتَزوَّج: لا يَصِحُّ؛ لأن حقَّ الْمِلكِ قائِمٌ.

فمَنَع ابتِداءَ النِّكاحِ لا بَقاءَه.

كما لو تَزوَّج بمُكاتَبة أَبِيه، ثم مات أبُوه: لم يَفسُد نِكاحُه.

ولو تَزوَّجها بعدَ موتِ الأبِ لم يَصِحَّ.

وكذا لو باع أمةً بيعًا فاسِدًا، وقُبِضت: لم يكن للبائِع أن يَتزوَّجَ؛ لثُبوت حقِّ الاستِردادِ.

ولو نكَحها ابنُ البائعِ صحّ، فإن مات الأبُ لا يَفسُدُ.

ولو تَزوَّج بعدَ موتِه لا يَصِحُّ.

---

(١) في (و) و(ز): زوجها.

(٢) مجرور بالعطف على (ما) في (كما).

وكذا إذا تَقايَضا عبدًا بأمةٍ، فقَبَضها بائِعُ الغُلامِ، وزَوَّجها من بائِعها، ثم هَلَك الغُلامُ قبلَ قبضِه: لم يَفسُد النِّكاحُ، ولو تزوَّج ابتِداءً بعدَ هَلاكِ الغُلامِ لم يَجُز.

وكذا الْمُكاتَبُ إذا اشتَرى مَنكوحةَ مَولاه لم يَفسُد النِّكاحُ، ولو أَراد الْمَولى أن يَتزوَّجها(1) ابتِداءً لم يَجُز.

نُكِحت أمةٌ بلا إذنٍ بمِائةٍ، فقال سَيِّدُها: (أَجَزتُ على كذا)، أو: (لا أُجِيزُ إلا بكذا)، أو: (حتى تَزيدَ كذا): لم يَرتدَّ، ولم يَجُز، ولو قَبِل لَزِمت.

نُكِحت أمةٌ بغَير إذنِ مَولاها(2) على مِائة دِرهَمٍ، فقال الْمَولى للزَّوج: (أَجَزتُ على أن تَزيدَني خَمسين دِرهَمًا)، وأَبى الزَّوجُ ذلك: فليس هذا بإجازةٍ وردٍّ، وللمَولى أن يُجيزَ.

ولو قال: (لا أُجِيزُه، ولكن زِدْني كذا): ارتَدّ.

وكذا لو قال: (لا أُجيزُ حتى تَزيدَني خَمسين)، أو: (إلا بزِيادة خَمسين).

وإن قَبِل: صارَت الزِّيادةُ مع الأصلِ مهرًا.

ولو قال: (لا أُجيزُه، ولكن زِدني خَمسين)، أو قال: (لا أُجيزُ النِّكاحَ، وأُجيزُه إن زِدتَني عشَرةً): فهو ردٌّ، وبَطَل النِّكاحُ الأوَّلُ؛ لأن قولَه: (لا أُجيزُ) للفَسخ مُطلَقًا، وقولَه: (ولكن أُجيزُ) مُستأنَفٌ غيرُ مُتعلِّقٍ بما قبلَه، فلا يَعمَلُ بعدَما انتَقَض النِّكاحُ.

ولو قال: (أَجَزتُ بخَمسين دِينارًا)، ورَضِي: صحّ، ولا يَتنصَّفُ(س).

ولو قال: (أَجَزتُ بخَمسين دِينارًا)، ورَضِي الزَّوجُ: صحَّ النِّكاحُ بخَمسين دِينارًا؛

---

(1) في (أ): يزوجها.

(2) في (ب): مولاه.

لأنه ردَّ التَّسميةَ، وأَجاز ذلك النِّكاحَ بتَسميةٍ أُخرى، والْمَوقوفُ على إِجازة الْمَولى العقدُ والتَّسميةُ، فإذا أَجاز النِّكاحَ ولم يُجِز التَّسميةَ: جاز النِّكاحُ، وبَطَلت التَّسميةُ، وبُطلانُ التَّسميةِ لا يُوجِبُ بُطلانَ النِّكاحَ، فصار كأنه تَزوَّجها ولم يُسَمِّ لها مهرًا.

ولا يَتنصَّفُ بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ، خِلافًا لأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لأن الأوّلَ انتفى، والثّاني لم يكن مُسمًّى في العَقد، فلا يَتنصَّفُ.

والبالِغةُ متى زُوِّجت بغَير إذنِها فأَجازت على هذا: صحّ.

قال زوجُ الْمُعتَقةِ: (لكِ كذا على أن تَختارِيني): سَقَط بلا شيءٍ.

قال زوجُ الْمُعتَقةِ: (لكِ خَمسون على أن تَختارِيني)، ففَعَلت: صحّ، وسَقَط خِيارُها، ولا شيءَ لها من الخَمسين؛ لأنه لا يَصِحُّ أخذُ العِوَضِ عنه؛ لأنه مُجرَّدُ حقٍّ، كالشُّفعة.

ولو قال: (زِدْتُكِ خَمسين): صَحَّت للمَولى.

ولو قال: (زِدتُكِ خَمسين في صَداقكِ على أن تَختارِيني): بَطَل الخِيارُ، وصَحَّت الزِّيادةُ، وتَكونُ للمَولى؛ للالتِحاق بالأَصل، والأصلُ كان للمَولى، فكذا الْمُلحَقُ به.

نُكِحت بلا شُهودٍ، فأَجاز بحَضرتهم: لم يَصِحَّ، ولو جَعَل ذلك النِّكاحَ نِكاحًا بحَضرتهم، وقَبِل: صحّ.

ولو تَزوَّجت بغَير شُهودٍ، فأَجاز الْمَولى بحَضرتهم: لا يَصِحُّ؛ لأن العقدَ وَقَع باطِلًا، والإجازةُ تَعمَلُ في تَنفيذ الْمَوقوفِ لا في تَصحيح الباطِلِ.

ولو قال: (جَعَلتُ ذلك النِّكاحَ نِكاحًا بكذا)، وقَبِل الزَّوجُ بحَضرتهم: صحّ؛ لأن الجَعلَ للابتِداء، والإجازةَ للبِناء، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَجَعَلَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا﴾ [الأعراف: ١٨٩].

نَظيرُه: صبيٌّ طَلَّق أو أعتَق، ثم قال بعدَ البُلوغِ: (جعَلتُ ذلك الطَّلاقَ أو العَتاقَ طَلاقًا أو عَتاقًا): صحّ، ولو أَجاز لا يَصِحُّ.

وكذا البيعُ والوَكالةُ والوِصايةُ تَصِحُّ بلَفظ الجَعلِ.

نكَح عبدٌ بلا إذنٍ، وطَلَّق ثَلاثًا، فأُجيز ذلك، ثم جَدَّده بإذنٍ: كُرِه(س).

عبدٌ تَزوَّج امرَأةً بغَير إذنِ سيِّدِه، ثم طَلَّقها ثَلاثًا، ثم أَجاز سيِّدُه هذا النِّكاحَ، ثم أَذِن له فتَزوَّجها: يُكرَهُ، وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُكرَهُ؛ لأن الطَّلَقاتِ الثَّلاثَ صادَفت نِكاحًا غيرَ نافِذٍ، فصار كما لو لم يُجِزه الْمَولى، وكما لو طَلَّقها ثَلاثًا في نِكاحٍ فاسِدٍ.

ولهما: أن الطَّلاقَ يُملَكُ بالنِّكاح، وقد تَوقَّف النِّكاحُ، فيَتوقَّفُ ما يُملَكُ به، ويَنفُذُ بنَفاذه، كالعَتق يَتوقَّفُ بتَوقُّف الْمِلكِ، ويَنفُذُ بنَفاذه.

إلا أنّا تَركنا هذا الدَّليلَ بدَليلٍ أَقوى منه، وجَعَلناه مُتارَكةً؛ لأن الطَّلاقَ إنما شُرِع في الْمَنكوحة، ولا نِكاحَ بلا إِذن السَّيِّدِ، لكنَّ الدَّليلَ الأَوَّلَ يُورِثُ كَراهةً.

بخِلاف ما إذا لم يُجِز؛ لأنه لم يَنفُذ النِّكاحُ، فلا يَنفُذُ ما يُملَكُ به.

زَوَّجها برِضاها من رَجُلٍ، وقَبِل عنه فُضوليٌّ، فأعتَقها: لها نقضُه قبلَ إجازتِه، لا بعدَها، وبلا رِضاها توقَّف، وكذا لو زَوَّج صَغيرةً، وبَلَغت قبلَ إجازتِه.

زَوَّج أمتَه برِضاها من رَجُلٍ، وقَبِل عنه فُضوليٌّ، فأعتَقها، فنَقَضت قبلَ أن يُجيزَ: صحّ؛ لأن حُكمَ العقدِ لم يَتَّصِل به، فلها أن تَنقُضَ.

فإن أَجاز العقدَ قبلَ أن يُنقَضَ جاز العقدُ، ولا خِيارَ لها؛ لأنه لَزِمها بعدَ العَتقِ.

ولو كان النِّكاحُ بلا رِضاها، وأَجاز الزَّوجُ: تَوقَّف على رِضاها؛ لأنه كإنشاء العقدِ بعدَ العَتقِ بلا رِضاها، فتَوقَّف على رِضاها.

وكذا لو زَوَّج صَغيرتَه[1] من رَجُلٍ، وقَبِل عنه فُضوليٌّ، ثم بَلَغت قبلَ أن يُجيزَ الزَّوجُ: كان مَوقوفًا على رِضاها، فإن سَكَتت جاز، كالابتِداء.

زَوَّج عبدَه أو أمتَه، وعَتَق، فبَلَغ: خُيِّرت للعِتق[2] فقط، ولا خِيارَ له.

عَتَقت مَنكوحةٌ صَغيرةٌ: لها خِيارُ العَتقِ إذا بَلَغت؛ لزِيادة الْمِلكِ، لا خِيارُ البُلوغِ؛ لكَمال الوِلايةِ زَمانَ صُدورِ العقدِ، فصار كما لو صَدَر من الأَب.

ولو كان عبدًا صَغيرًا فأعتَقه: لا خِيارَ له أصلًا.

أما خِيارُ البُلوغِ: فلأن العقدَ صَدَر عن وِلايةٍ كامِلةٍ.

وأما خِيارُ العَتقِ: فلأن الْمِلكَ يَزدادُ له لا عليه.

زَوَّج مُكاتَبتَه الصَّغيرةَ: توقَّف على إِذنها، كالبالِغة، فإن عَجزت بَطَل، وفي الْمُكاتَب لا، وإن عَتَقت نَفَذ[ك] بإِذنه.

زَوَّج مُكاتَبتَه الصَّغيرةَ: توقَّف على إِجازتها؛ لالتِحاقها بالأَحرار يدًا، فلا تكونُ له وِلايةٌ عليها.

فلو عَجَزت عن أَداء بدَلِ الكِتابةِ بَطَل النِّكاحُ؛ لأنه طَرأ على الحِلِّ الْمَوقوفِ حِلٌّ نافِذٌ.

وفي الْمُكاتَب الصَّغيرِ لا يَبطُلُ النِّكاحُ؛ لأنه لم يَعترِض على الحِلِّ الْمَوقوفِ حِلٌّ باتٌّ[3]، فبَقِي ذلك الْمَوقوفُ.

---

(1) في (هـ) و(و): صغيرة.

(2) خِيار العتق: أن يكون للأمة المتزوجة عند إعتاقها الخيارُ بين الإبقاء على النكاح أو فسخه. «لغة الفقهاء» ص٢٠٢.

(3) في (هـ): ثان.

ويَجوزُ بإِجازة الْمَولى.

وإن عَتَقت نَفَذ بإِجازة الْمَولى، لا بإِجازتها.

وهذا من أعجَب الْمَسائلِ، حيث تَملِكُ الإذنَ قبلَ العَتقِ لا بعدَه؛ وهذا لأنه إنما اعتُبر رِضاها للكِتابة، وقد ارتَفعت بالعَتق.

والْمَولى وإن كان مُباشِرًا للتَّزوُّج[1].. إلا أنه حَدَثت له وِلايةٌ أُخرى بحُكم الوَلاءِ، فصار كوليٍّ آخَرَ.

ولو رَضِيَت قبلَ الأداءِ، فعَتَقت: خُيِّرت للعِتق، لا البُلوغِ.

ولو رَضِيَت قبلَ الأداءِ ثم عَتَقت: لا خِيارَ لها للحال؛ لأنها صَغيرةٌ، ولها خِيارُ العَتقِ إذا بَلَغت؛ لزِيادة الْمِلكِ، لا خِيارُ البُلوغِ؛ لأن الْمِلكَ قائمٌ للمَولى، وامتِناعُ النَّفاذِ لحقِّها، فإذا رَضِيَت نَفَذ بالوِلاية الأصليّةِ، وهي وِلايةُ الْمَولى.

عَتَقت، ولم تَعلَم بالخِيار حتى ارتَدّا ولَحِقا[2]، فعادا مُسلِمَين: خُيِّرت إن عَلِمته، وكذا لو عَلِمت في دارهم.

عَتَقت مَنكوحةٌ، ولم تَعلَم بالخِيار حتى ارتَدّا ولَحِقا بدار الحربِ، ثم عادا مُسلِمَين: لها الخِيارُ إذا عَلِمت؛ لأن خِيارَها لَمّا توَقَّف على العِلم به لم يَثبُت قبلَ وُجودِ شرطِه، فلم يُتصوَّر بُطلانُه باللُّحوق، فإذا وُجِد شرطُ الخِيارِ وَجَب الخِيارُ، إلا إذا قُضِي باللَّحاق؛ لأنه موتٌ حُكمًا.

وكذا لو عَلِمت في دار الحربِ بالخِيار وفَسَخت: صحَّ الفسخُ.

---

(١) في (هـ) و(ز): للتزويج.

(٢) أي لحقا بدار الحرب.

وكذا الأمةُ الحَربيّةُ إذا تَزوَّجها حَربيٌّ ثم عَتَقت: لها الخِيارُ، سَواءٌ عَلِمت في دار الحربِ أو في دارنا بعدَ الإسلامِ.

وهذا ليس بحُكمٍ على من في دار الحربِ، بل فَتوى.

وكذا زَوجان حَربيّان سُبِيا، فعَتَقا، أو مُسلِمان ارتَدّا ولَحِقا، فسُبِيا، ولم يُسلِما، أو أسلَما معًا، وعَتَقت.

زَوجان حَربيّان سُبِيا فعَتَقا: لها الخِيارُ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا خِيارَ لها؛ لرِضاها[1] بالزِّيادة؛ لأنها كانَت حُرّةً عندَ العقدِ.

ولهما: أن تلك الزِّيادةَ بَطَلت بالرِّقّ، وهذه الزِّيادةُ حَدَثت بالعَتق الطّارئِ.

وكذا الزَّوجان الْمُسلِمان إذا ارتَدّا ولَحِقا، ثم سُبِيا، ولم يُسلِما، أو أسلَما معًا، فعَتَقت: لها الخِيارُ؛ لأن النّكاحَ لم يَبطُل بارتِدادهما، والزِّيادةُ حَدَثت بعَتقٍ طارِئٍ.

وكذا أمةٌ تحتَ حُرٍّ عَتَقت، فارتَدّا ولَحِقا بدار الحربِ، فسُبِيا، فعَلِمت: لا خِيارَ لها؛ لبُطلان الحُرِّيّةِ، فإن عَتَقت خُيِّرت.

صَغيرةٌ ارتَدَّ أبُوها، فزَوَّجها عمُّها، فارتَدَّت أُمُّها وزوجُها، ولَحِقا بها: خُيِّرت للعِتق لا البُلوغِ.

صَغيرةٌ ارتَدَّ أبُوها ولَحِق بدار الحربِ، فزَوَّجها عمُّها، فلم تَبلُغ حتى لَحِقت مع الأمِّ والزَّوجِ بالدّار مُرتدَّيْن: بَقِي النّكاحُ، فإن سُبُوا فالأمُّ والصَّغيرةُ أَمتان للسّابي، والأبُ والزَّوجُ حُرّان.

---

(١) في (ز): لرضاهما.

وبَطَل خِيارُ البُلوغِ؛ لأن النّكاحَ لم يَبقَ حقًّا لها، بل صار حقًّا للسّابي.

وثُبوتُ الخِيارِ لها إذا مَلَكت أمرَها بالبُلوغ، وهذه لا تَملِكُ؛ لأنها أمةٌ مَملوكةٌ.

ولها خِيارُ العَتقِ؛ لزِيادة الْمِلكِ.

ولو كان مَكانَها غُلامٌ لا خِيارَ له أصلًا.

زَوَّج أمتَه من عَبدِ رَجُلٍ: فأَولادُها لسَيِّدها.

زَوَّج أمتَه من عبدِ رَجُلٍ، فوَلَدت أولادًا: فالأولادُ لِمَولاها؛ لأن الولَدَ يَتبَعُ الأُمَّ في الْمِلك والرِّقِّ والحُرِّيّةِ.

فَصْلٌ
[فِي نِكَاحِ الكُفَّارِ]

فصلٌ

نكَح ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً بلا شُهودٍ، أو في عِدّة كافرٍ(س م): صحّ(ز).
وأُقِرّا عليه بالإسلام.

تَزوَّج كافِرٌ بغَير شُهودٍ، أو في عِدّة كافرٍ، وذلك في دِينهم جائِزٌ: صحّ.

ولو أسلَما أُقِرّا عليه.

وقال زفرُ: لا يَصِحُّ، إلا أنه لا يُعترَضُ لهم في ذلك، إلا[1] أن يُسلِموا أو يَترافَعوا، فحينئذٍ يُفرِّقُ القاضِي؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ﴾ [المَائدة: ٤٩].

ولأنهم بعَقد الذِّمّةِ صارُوا مِنّا، والتزَموا أحكامَنا فيما يَرجعُ إلى الْمُعامَلات، فيَثبُتُ في حقِّهم ما هو ثابِتٌ في حقِّنا.

وإنما لا يُتعرَّضُ لهم: لعَقد الذِّمّةِ، لا لأنّا نُقِرُّهم على ذلك، كما نَترُكُهم وعِبادةَ الأوثانِ والاشتِغالَ بالنِّيران.. على سَبيل الإعراضِ؛ لقَوله عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «اترُكوهم وما يَدينون»[2]، لا على سَبيل التَّقريرِ والحُكمِ بصِحّة ما يَفعَلون.

(١) في (ز): إلى.

(٢) لم أقف عليه، وبيض له العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» ٢/ ٤٧١، وهو مشهور جدًا على=

ولا نُعرِضُ عنهم في عَقد الرِّبا؛ لأن ذا مُستثنًى عن عَقد الذِّمّةِ، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «ألا من أَربى فليس بينَنا وبينَه عهدٌ»(١).

فلما تَرافَعا أو(٢) أسلَما والحُرمةُ قائِمةٌ: وَجَب أن يُفرَّق بينَهما.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ في النِّكاح بغَير شُهودٍ كما قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وفي نِكاح الْمُعتدّةِ من الغَير كما قال زفرُ؛ لأن نِكاحَ الْمُعتدّةِ باطِلٌ بإجماعِ بينَنا، فكان باطِلًا في حقِّهم أيضًا؛ لأنهم أتباعٌ لنا، ولكنّا لا نَتعرَّضُ لهم لعَقد الذِّمّةِ.

فإذا تَرافَعا أو أسلَما: وَجَب الحُكمُ بينَهما بما هو حُكمُ الإسلامِ.

بخِلاف النِّكاحِ بغَير شُهودٍ؛ لجَوازه عندَ بعضِ الْمُسلِمين، وهم لم يَلتزِموا أحكامَ الإسلامِ بجَميع الاختِلافاتِ.

وله: أن العِدّةَ لا تَجِبُ من الذِّمّيِّ؛ لأن وُجوبَها لحقِّ الشَّرعِ أو لحقِّ الزَّوجِ، ولا يُمكِنُ إيجابُها لحقِّ الشَّرعِ هنا؛ لأنهم لا يُخاطَبون بحُقوق الشَّرعِ، ولا لحقِّ الزَّوجِ؛ لأنه لا يَعتقِدُ(٣) ذلك.

ولا يُمكِنُ أن تَجِبَ العِدّةُ للوَلَد؛ لأن في الزِّنى لا تَجِبُ العِدّةُ مع وُجودِه، بخِلاف ما إذا كانَت مُعتدّةً من مُسلِمٍ؛ لأن تلك العِدّةَ واجِبةٌ حقًّا للزَّوج، وهو يَعتقِدُه، فإذا لم تَجِب العِدّةُ صَحَّ النِّكاحُ.

وحالةُ الْمُرافَعةِ والإسلامِ حالةُ البَقاءِ، والشُّهودُ شرطُ الانعِقادِ لا شرطُ البَقاءِ.

= السنة الفقهاء وغيرهم.

(١) تقدم الكلام عليه.

(٢) في (د) و(هـ): و.

(٣) في (ج): لأنهم لا يعتقدون.

وكذا العِدّةُ لا تَمنعُ بَقاءَ النّكاحِ؛ فإن الْمَنكوحةَ إذا وُطِئت بشُبهةٍ تَجِبُ العِدّةُ عليها مع بَقائِه، فعُلِم أنها لا تُنافِي بَقاءَ النّكاح.

ولو نكَح مَحرَمَه: صحّ(س م ز)، وفُرِّق به.

فإن تَزوّج الْمَجوسيُّ أُمَّه أو بِنتَه، ثم أسلَما: فُرِّق بينَهما؛ لعَدَم الْمَحليّةِ للمَحرَميّة، وما يَرجِعُ إلى المحَلِّ يَستَوي فيه الابتِداءُ والبَقاءُ، بخِلاف ما مرّ.

ثم هل لهذه الأنكِحةِ حُكمُ الصِّحّةِ فيما بينَهم أم لا؟

قال بعضُ أصحابِنا رَحِمَهُمُٱللَّهُ: إنها فاسِدةٌ في حقِّهم إجماعًا.

وقال القاضِي الإمامُ أبُو زيدٍ ومن تابَعه رَحِمَهُمُٱللَّهُ: إنَّ نِكاحَ الْمَحارِمِ صَحيحٌ[1] فيما بينَهم عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُٱللَّهُ، **وهو الصَّحيحُ**، حتى[2] يُقضى لها بنَفَقة النّكاحِ إذا طَلَبت، ولا يَسقُطُ إحصانُه إذا دَخَل بها، حتى لو أسلَم فقَذَفه إنسانٌ: يُحَدُّ قاذِفُه عندَه، ولو كان النّكاحُ فاسِدًا لسَقَط إحصانُه بالدُّخول فيه.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: هو باطِلٌ في حقِّهم، ولا يُتعرَّضُ لهم لعَقد الذِّمّةِ؛ لأن الخِطابَ بحُرمة هذه الأنكِحةِ شائِعٌ في دارِنا، وهم من أَهل دارِنا، فيَثبُتُ الخِطابُ في حقِّهم.

لأنه ليس في وُسع الْمُبلِّغِ التّبليغُ إلى الكلّ، وإنما في وُسعه جعلُ الخِطابِ شائِعًا، فيُجعَلُ شُيوعُ الخِطابِ كالوُصول إليهم.

ألا تَرى أنهم لا يَتوارَثون بهذه الأنكِحةِ، ولو كان صَحيحًا في حقِّهم لتَوارَثوا بها.

وله: أن الخِطابَ في حقِّهم كأنه غيرُ نازِلٍ[3]؛ لأنهم يُكذِّبون الْمُبلِّغَ ويَزعُمون أنه

(١) في (ج): يصح.

(٢) في (ب): حتى قال. وانظر «التبيين» ٢/ ١٧٢.

(٣) في (هـ): نافذ.

ليس برَسولٍ.

ووِلايةُ الإلزامِ بالسَّيف أو الْمُحاجّةِ، وقد انقطَعت بعَقد الذِّمّةِ، فقُصِر حُكمُ الخِطابِ عنهم.

وشُيوعُ[1] الخِطابِ إنما يُعتبَرُ في حقِّ من يَعتقِدُ رِسالةَ الْمُبلِّغِ، فإذا اعتَقَدوا ذلك -بأن أسلَموا- ثَبَت حُكمُ الخِطابِ في حقِّهم.

بخِلاف الإرثِ؛ لأنه ثَبَت بالنَّصِّ[2] بخِلاف القِياسِ، فيما إذا كانَت الزَّوجيّةُ[3] مُطلَقةً بنِكاحٍ صَحيحٍ، فيُقتصَرُ عليه.

وعلى هذا الخِلافِ: الْمُطلَّقةُ ثَلاثًا، والجمعُ بينَ الأُختَين، والخُمُسُ.

ثم إنْ رَفَع أحَدُهما الأمرَ إلى القاضِي، وطَلَب حُكمَ الإسلامِ: لم يُفرَّق بينَهما إذا[4] كان الآخرُ يَأبى ذلك.

وعندَهما: يُفرَّقُ بينَهما؛ لأن أصلَ النّكاحِ كان باطِلًا، وتركَ التَّعرُّضِ للوَفاء بالعَهد، فإذا رَفَع أحَدُهما وانقاد لحُكم الإسلامِ: فُرِّق بينهما، كما لو أسلَم أحَدُهما، فإسلامُ أحَدِهما كإسلامهما، فكذا رفعُ أحَدِهما كمُرافَعتهما.

وله: أن أصلَ النّكاحِ كان صَحيحًا، ورفْعَ أحَدِهما إلى القاضِي ومُطالَبتُه بحُكم الإسلامِ لا يَكونُ حُجّةً على الآخَر في إبطال الاستِحقاقِ الثّابتِ له باعتِقاده، بل اعتِقادُه

---

(١) في (ب): وسوغ.

(٢) لعله يشير إلى ثبوت التوريث بينهم، وقد قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب...» الحديث.

(٣) في (و): الزوجة.

(٤) في (هـ): إلا إذا. وانظر «المبسوط» ٥/ ٤٠.

صار مُعارِضًا لاعتِقاد الآخرِ، فبَقِي حُكمُ الصِّحّةِ على ما كان.

بخِلاف ما إذا أسلَم أحَدُهما؛ لأن الإسلامَ يَعلو ولا يُعلى، فلا يَكونُ اعتِقادُ الآخرِ مُعارِضًا لإسلام الْمُسلِمِ منهما.

وبخِلاف ما إذا تَرافَعا؛ لأنهما انقَادا لحُكم الإسلامِ، فيَثبُتُ حُكمُ الخِطابِ في حقِّهما بانقِيادهما له، وإليه أَشار اللهُ تَعالى في قَوله تَعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ...﴾ ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[1].

فتكونُ مُرافَعتِهما كإِسلامهما، وبعدَ إسلامِهما يُفرَّقُ بينَهما؛ لأن الْمَحرميّةَ تُنافِي البَقاءَ أيضًا وإن انعَقَد صَحيحًا.

كما لو اعتَرَضت مَحرميّةٌ في نِكاحنا برَضاعٍ أو مُصاهَرةٍ.

ولا يَنكِحُ مُرتَدٌّ أو مُرتَدّةٌ أحَدًا.

ولا يَجوزُ أن يَتزوَّجَ الْمُرتدُّ مُسلِمةً أو كافِرةً أصليّةً أو مُرتدّةً؛ لأن النّكاحَ يَعتمِدُ الْمِلّةَ، ولا مِلّةَ للمُرتدّ، فإنه تَرَكَ ما كان عليه، وهو غيرُ مُقَرٍّ على ما اعتَقَده.

ولأن النّكاحَ شُرِع للبَقاء؛ فإن بَقاءَ النَّسلِ به، والْمُرتدُّ يُقتَلُ، فلا يُشرَعُ في حقِّه ما هو سبَبُ البَقاءِ.

ولأنه صار مُستحِقَّ القتلِ بنَفس الرِّدّةِ؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من بَدَّل دينَه فاقتُلوه»[2].

---

(١) لعل المصنف يشير إلى الآيتين، وهما: ﴿سَمَّٰعُونَ لِلۡكَذِبِ أَكَّٰلُونَ لِلسُّحۡتِۚ فَإِن جَآءُوكَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡۖ وَإِن تُعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيۡـٔٗاۖ وَإِنۡ حَكَمۡتَ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِٱلۡقِسۡطِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُقۡسِطِينَ﴾ [المائدة: ٤٢]، والثانية: ﴿وَأَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ مُصَدِّقٗا لِّمَا بَيۡنَ يَدَيۡهِ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَمُهَيۡمِنًا عَلَيۡهِۖ فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُۖ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلۡحَقِّ﴾ [المائدة: ٤٨].

(٢) رواه البخاري (٣٠١٧).

وإنما يُمهَلُ ثَلاثةَ أيّامٍ: لضَرورة التّأمُّلِ فيما اعترَض له من الشُّبهة، ففيما وراءَ ذلك جُعِل كأنه لا حَياةَ له، واشتِغالُه بالنّكاح يَشغَلُه عما لأَجله حَياتُه، وهو التّأمُّلُ، فلا يُشرَعُ في حقِّه.

فإن قِيل: مُشرِكو العرَبِ لا مِلّةَ لهم، وقد صَحَّت الْمُناكَحةُ فيما بينَهم.

قُلنا: لهم مِلّةٌ؛ لأنّا نَعني بالْمِلّة دينًا يَعتقِدُ صِحّتَه ولم يُقِرَّ ببُطلانه، وقد وُجِد فيهم.

ولا يَجوزُ نِكاحُ الْمُرتدّةِ مع أحدٍ؛ لأنها مَأمورةٌ بالتّأمُّل لتَعودَ إلى الإسلام، ومَمنوعةٌ عن الاشتِغال بشيءٍ آخرَ، فلا تَنتظِمُ بينَهما مَصالِحُ النّكاحِ، وهو السَّكَنُ والازدِواجُ، والتَّوالُدُ، والتَّناسُلُ، والنّكاحُ ما شُرِع لعَينه بل لِمَصالِحه، فإذا فاتَت الْمَصالِحُ لم يُشرَع أصلًا.

وَلَدُ الكِتابيّةِ من مُسلِمٍ: مُسلِمٌ، ومن مَجوسيٍّ: كِتابيٌّ(ف).

الولَدُ يَتبَعُ خيرَ الأبَوين دينًا؛ نظَرًا له.

فإن كان أحدُ الزَّوجَين مُسلِمًا: فالولَدُ مُسلِمٌ.

وكذا إن أسلَم أحَدُهما وله ولَدٌ صَغيرٌ: صار ولَدُه مُسلِمًا بإسلامه تبَعًا له.

ولو كان أحَدُهما كِتابيًّا والآخرُ مَجوسيًّا: فالولَدُ كِتابيٌّ، حتى تَحِلَّ ذَبيحتُه، والْمُناكَحةُ للمُسلِمين.

ولا يَحِلّان عندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الْمُعارَضةَ تَحقّقَت بينَهما، وأحَدُهما يُوجِبُ الحِلَّ، والآخرُ يُوجِبُ الحُرمةَ، فترجَّحَ الْمُحرِّمُ على الْمُبيح؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «ما اجتمَع الحَرامُ والحَلالُ في شيءٍ إلا غَلَب الحَرامُ الحَلالَ»(١).

---

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٣١٤: قوله: ولأنه اجتمع المبيح والمحرم، فتغلب جهة الحرمة =

بخِلاف ما إذا كان أحَدُهما مُسلِمًا؛ لأن الكُفرَ لا يُعارِضُ الإسلامَ.

ولنا: أن حِلَّ الذَّبيحةِ والْمُناكَحةِ من أَحكام الإسلامِ، فإذا كان ذلك اعتِقادَ أحدِ الأبَوين جُعِل الولَدُ تبعًا له في ذلك، كما في نَفس الإسلامِ.

وهذا لأن اليَهوديّةَ إذا قُوبِلت بالْمَجوسيّة فالْمَجوسيّةُ شرٌّ؛ بدَليل حِلِّ الْمُناكَحةِ والذَّبيحةِ في أَهل الكِتابِ دونَ الْمَجوسِ، فلا يَتحقَّقُ التَّعارُضُ بينَهما، بل يَترجَّحُ جانِبُ التَّبَعيّةِ للكِتابيّ؛ لأنه يَعتقِدُ التَّوحيدَ أو[1] يُظهِرُه، فكان في جَعل الولَدِ تبعًا له نوعُ نظَرٍ للوَلَد، وذلك واجِبٌ.

أسلَم أحدُ الزَّوجَين: عُرِض الإسلامُ على الآخَر، فإن أسلَم، وإلا فُرِّق، وإباؤُه(س) طَلاقٌ، لا إباؤُها.

أسلَمت الْمَرأةُ وزوجُها كافِرٌ: عَرَض القاضِي عليه الإسلامَ، فإن أسلَم فهي امرأتُه، وإن أبَى فرَّق بينَهما، وكان ذلك طَلاقًا عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وإن أسلَم الزَّوجُ وتحتَه مَجوسيّةٌ عُرِض عليها الإسلامُ، فإن أسلَمت فهي امرأتُه، وإن أبَت فرَّق القاضِي بينَهما، ولم تكن الفُرقةُ طَلاقًا اتِّفاقًا.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا تكونُ طَلاقًا في الوَجهَين.

وسواءٌ دَخَل بها أو لم يَدخُل بها عندَنا.

=نصًّا أو احتياطًا: قلت: كأنه يشير إلى حديث: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال»، وهذا الحديث وجدته موقوفًا على ابن مسعود، أخرجه عبد الرازق في «مصنفه» (١٢٧٧٢) عن الشعبي قال: قال عبد الله: ما اجتمع حلال وحرام إلا غلب الحرام الحلال، قال سفيان: وذلك في الرجل يفجر بامرأة، وعنده ابنتها أو أمها، فإنه يفارقها. انتهى، قال البيهقي في «سننه» (١٣٩٦٩): رواه جابر الجعفي عن ابن مسعود، وجابر ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع. انتهى.

(١) في (هـ): و.

وقال[1] الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان قبلَ الدُّخولِ وَقَعت الفُرقةُ بإِسلام أحدِهما، وإن كان بعدَ الدُّخولِ يَتوقَّفُ وُقوعُ الفُرقةِ بينَهما على انقِضاء ثَلاثةِ أقراءٍ.

ولا يُعرَضُ الإسلامُ على الآخَر؛ لأنّا قد ضَمِنّا بعَقد الذِّمّةِ أن لا نَتعرَّضَ لهم في الإجبار على الإسلام، وذا يَقطَعُ وِلايةَ الإجبارِ والتَّفريقِ عندَ إباءِ الإسلامِ[2].

ولكنَّ النّكاحَ قبلَ الدُّخولِ غيرُ مُتأكِّدٍ، فيَنقطِعُ بنَفس اختِلافِ الدِّينِ إذا كان على وجهٍ يَمنَعُ ابتِداءَ النِّكاحِ، وبعدَ الدُّخولِ تَأكَّد النِّكاحُ، فلا يَرتفِعُ بنَفس اختِلافِ الدِّينِ حتى يَنضَمَّ إليه ما يُؤثِّرُ في الفُرقة، وهو مُضِيُّ ثَلاثةِ قُروءٍ.

واعتَبِره بالطَّلاق؛ فإن نفسَ الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ يَرفَعُ النِّكاحَ، وبعدَ الدُّخولِ لا يُرفَعُ إلا بمُضِيِّ العِدّةِ.

ومَذهَبُنا مَرويٌّ عن عمرَ وعليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا[3].

ولأن النِّكاحَ كان صَحيحًا بينَهما، وقد تَعذَّرت استِدامتُه لفَوات مَقاصِدِه، ولا بُدَّ للفُرقة من سبَبٍ مُوجِبٍ لها، وإسلامُ الْمُسلِمِ منهما لا يَصلُحُ سببًا لذلك؛ لأنه شُرِع عاصِمًا للمِلك ومُؤكِّدًا له لا قاطِعًا.

---

(١) في (ج) و(هـ): وعند.

(٢) في (ج): عندنا بالإسلام.

(٣) قال العيني في «البناية» ٥/ ٢٤٠: إن دهقانة في نهر الملك أسلمت، فأمر عمر رضي الله تعالى عنه بعرض الإسلام على زوجها، فقال: إن أسلم وإلا فرق بينهما.

ويروى أن دهقانًا أسلم في عهد علي رضي الله تعالى عنه، فعرض الإسلام على امرأته فأبت، ففرق بينهما، كذا في «المبسوط».

والدهقان: كل سيد من العجم، والذال لغة فيه، ونهر الملك: على طريق الكوفة إلى بغداد.

وكذلك كُفرُ[1] الْمُصِرِّ منهما؛ لكَونه مَوجودًا قبلَه، وما كان مانِعًا لابتِداء النِّكاحِ وبقائِه.

وكذلك اختِلافُ الدِّينِ عَينُه ليس بسبَبٍ، كما لو كان الزَّوجُ مُسلِمًا والْمَرأةُ كِتابيّةً، فيُعرَضُ الإسلامُ على الكافِرِ منهما؛ لتَتحقَّقَ الْمَقاصِدُ بالإيمان، أو تَحصُلَ الفُرقةُ بالإِباء والعِصيانِ.

وهذا لأن بالنِّكاح وَجَب عليه الإمساكُ بالْمَعروف أو التَّسريحُ بالإِحسان[2]، والإمساكُ بالْمَعروف في الْمُساعَدة على الإيمان.

فإن أبَى ذلك تَعيَّن التَّسريحُ بالإِحسان، فإذا امتَنَع من ذلك ناب القاضِي مَنابَه في التَّفريق، كما في العِنِّين.

ثم قال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن سبَبَ هذه الفُرقةِ يَشتركُ فيه الزَّوجان، وهو الإباءُ، على مَعنى أنه يَتحقَّقُ من كلِّ واحِدٍ منهما، فلا يَكونُ طَلاقًا، كالفُرقة بالْمَحرَميّة ومِلكِ أحدِ الزَّوجَين صاحِبَه؛ وهذا لأن الطَّلاقَ ليس إليها[3]، فكلُّ سبَبٍ للفُرقة يَتحقَّقُ منها لا يَكونُ طَلاقًا.

ولهما: أن بالإِباء فات الإمساكُ بالْمَعروف، فتَعيَّن التَّسريحُ بالإحسان، وهو طَلاقٌ[4]؛ ألا تَرى أن الفُرقةَ بينَ العِنِّينِ أو الْمَجبوبِ وبينَ امرأتِه تُجعَلُ طَلاقًا بهذا الطَّريقِ.

---

(١) في (د): (إصرار) بدل (كفر).

(٢) كما قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

(٣) في (هـ): إليهما.

(٤) في (ب): الطلاق.

والْمَرأةُ إذا أبَت الإسلامَ لا تَكونُ الفُرقةُ طَلاقًا اتِّفاقًا؛ لأن الطَّلاقَ ليس إليها، وإنما يُفرِّقُ القاضِي بينَهما: لإصرارها على الخُبث، والخَبيثةُ لا تَصلُحُ للطَّيِّب.

ثم إذا فَرَّق بينَهما بإِبائها بعدَ الدُّخولُ فلها المهرُ؛ لتَأكُّده بالدُّخول.

وإن كان قبلَ الدُّخولِ فلا مهرَ لها؛ لأن الفُرقةَ جاءَت من قِبَلها، والمهرُ لم يتأكّد، فصار كالرِّدّة والْمُطاوَعةِ؛ وهذا لأنها مَنَعت الْمُبدَلَ، فيُمنَعُ عنها البدَلُ.

وإن كان بإِبائه بعدَ الدُّخولِ فلها جَميعُ الْمُسمّى.

وإن كان قبلَ الدُّخولِ فلها نِصفُه.

أسلَم أحَدُهما ثَمّة[1]: لم تَبِن[ف] حتى تَحيضَ ثَلاثًا.

وإذا أسلَم أحدُ الزَّوجَين في دار الحربِ، ولم يَكونا من أَهل الكِتابِ، أو كانا والْمَرأةُ هي التي أسلَمت: فإنه يَتوقَّفُ انقِطاعُ النِّكاحِ بينَهما على مُضِيِّ ثَلاثِ حِيَضٍ.

سَواءٌ دَخَل بها أو لم يَدخُل بها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان قبلَ الدُّخولِ وَقَعت الفُرقةُ بإِسلام أحدِهما في الحال، وإن كان بعدَ الدُّخولِ يَتوقَّفُ على مُضِيِّ ثَلاثةِ قُروءٍ.

فعندَه: لا يَختلِفُ الحُكمُ بدار الحربِ ودارِ الإسلامِ، ولكنه يُبنى على تَأكُّد النِّكاحِ بالدُّخول وعدَمِ تَأكُّدِه، كما[2] ذكرنا.

وعندَنا: نفسُ إسلامِ أحدِهما غيرُ مُوجِبٍ للفُرقة، ولا كُفرُ الْمُصِرِّ منهما، ولا اختِلافُ الدِّينِ نفسُه، كما مرَّ في دار الإسلامِ.

---

(١) أي في دار الحرب.

(٢) في (د): لما.

إلا أن في دار الإسلام يُمكِنُ[1] تَقريرُ سبَبِ الفُرقةِ بعَرض الإسلامِ على الآخَر، حتى إذا أَبى صار مُفوِّتًا الإمساكَ بالْمَعروف.

وفي دار الحربِ لا يَتأتّى ذلك؛ لانقِطاع الوِلايةِ، فأُقِيم شرطُ الفُرقةِ -وهو مُضِيُّ ثَلاثةِ قُروءٍ- مُقامَ السَّبَبِ، كما في حَفر البِئرِ، فإنه إذا وَقَع فيها إنسانٌ ولم يُمكِن إضافةُ الحُكمِ إلى العِلّة.. أُضِيف إلى الشَّرط، وهو الحفرُ، فكذا هنا مَسَّت الحاجةُ إلى الفُرقة؛ تَخليصًا للمُسلِمة عن ذُلِّ الكافرِ.

فأَقَمنا شرطَ البَينونةِ في الطَّلاق الرَّجعيِّ مُقامَ عرَضاتِ[2] القاضِي وتَفريقِه عندَ تَعذُّرِ اعتِبارِ العِلّةِ.

وهذه الحِيَضُ لا تكونُ عِدّةً، ولهذا يَستَوي فيها الْمَدخولُ بها وغيرُ الْمَدخولِ بها.

ثم إذا وَقَعت الفُرقةُ قبلَ الدُّخولِ بذلك فلا عِدّةَ عليها.

وإن كان بعدَ الدُّخولِ والْمَرأةُ حَربيّةٌ: فكذلك الجَوابُ[3]؛ لأن حُكمَ الشَّرعِ لا يَثبُتُ في حقِّها.

وإن كانَت هي الْمُسلِمةَ فكذلك الجَوابُ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، خِلافًا لهما، لأنه لا يُوجِبُ العِدّةَ على الْمُسلِمة من الحَربيّ.

وأصلُ الْمَسألةِ في الْمُهاجِرة، فإنها إذا خَرَجت إلى دار الإسلامِ مُسلِمةً أو ذِمِّيّةً: لم تَلزَمها العِدّةُ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلا أن تكونَ حامِلًا.

وعندَهما: تَلزَمُها العِدّةُ، وسيَجِيءُ إن شاء اللهُ تَعالى.

---

(١) في (ب): يكون.

(٢) في (ج) و(د) و(هـ) ونسخة في (و): عرض.

(٣) مثبتة من (هـ).

أسلَم زوجُ الكِتابيّةِ: بَقِي نِكاحُهما.

أسلَم زوجُ الكِتابيّة: بَقِي نِكاحُهما؛ لأنه يَصِحُّ ابتِداءُ النِّكاحِ بينَهما، فلأَن يَبقى أَولى؛ إذ البَقاءُ أسهَلُ، فإن عدمَ الشُّهودِ يَمنَعُ الابتِداءَ لا البَقاءَ.

تَبايُنُ الدّارَين[1] سببُ[ف] الفُرقةِ، لا السَّبيُ[ف].

تَبايُنُ الدّارَين سبَبُ وُقوعِ الفُرقةِ دونَ السَّبي.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: السَّبيُ سبَبُ الفُرقةِ دونَ التَّبايُنِ[2]، حتى إذا خَرَج أحدُ الزَّوجَين إلينا من دار الحربِ مُسلِمًا: وَقَعت البَينونةُ بينَهما.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَقَعُ.

ولو سُبِي أحدُ الزَّوجَين تَقَعُ الفُرقةُ بينَهما اتِّفاقًا عندَنا؛ لتبايُنِ الدّارَين، وعندَه: للسَّبي.

وإن سُبِيا معًا لم تَقَع الفُرقةُ عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَقَعُ.

له: أن تَأثيرَ تَبايُنِ الدّارَين في انقِطاع الوِلايةِ، وانقِطاعُ الوِلايةِ لا تَأثيرَ له في إبطال النِّكاحِ، حتى لو خَرَج الحَربيُّ إلينا مُستأمِنًا[3]، أو دَخَل المُسلِمُ دارَ الحربِ مُستأمِنًا: لم تَقَع الفُرقةُ بينَه وبينَ امرَأتِه.

وكذا الخارِجُ من مَنَعة أهلِ العدلِ إلى مَنَعة أهلِ البغيِ: لا تَقَعُ الفُرقةُ بينَه وبينَ امرَأتِه.

---

(١) تباين الدارين: اختلاف الدارين، ويتحقق باختلاف العسكر والملك، بحيث تنقطع العصمة فيما بينهم، حتى يستحل كلٌّ من الملكين قتال الآخر، وإذا ظفر رجل من عسكر أحدهما برجل من عسكر الآخر قتله. «الدستور» ١/ ٤٠.

(٢) في (ب): تباينهما، وفي (ج) و(هـ): تباين الدار.

(٣) في (ز): مسلما مستأمنًا.

أما السَّبيُ: فيُوجِبُ صَفاءَ الْمَسبيِّ للسّابي، ولهذا لا يَبقى الدَّينُ الذي كان واجِبًا على الْمَسبيِّ بالسَّبي، ومتى بَقَّينا[1] مِلكَ الزَّوجِ امتَنَع الصَّفاءُ له، فوَجَب أن يَسقُطَ حقُّه، كالدَّين؛ تَحقيقًا للصَّفاء.

وهذا لأن السَّبيَ سببٌ لِملكِ ما يَحتمِلُ التَّملُّكَ، ومحَلُّ النِّكاحِ مُحتمِلٌ للتَّملُّك، فيَصيرُ مَملوكًا للسّابي؛ لأنه لو امتَنَع ثُبوتُ الْمِلكِ فإنما يَمتنِعُ لحقِّ الزَّوجِ، وهو ليس بذِي حقٍّ مُحترَمٍ؛ ألا تَرى أنه تَسقُطُ به مالكِيَّتُه[2] عن نَفسه ومالِه.

ولهذا لو كانَت الْمَسبيّةُ مَنكوحةَ مُسلِمٍ أو ذِمّيٍ: لا يَبطُلُ النِّكاحُ؛ لأن مالِكَ النِّكاحِ مُحترَمٌ.

ولنا: أن مع[3] التَّبايُنِ حَقيقةً -بأن يَكونَ أحَدُهما في دار الحربِ والآخَرُ في دار الإسلامِ- وحُكمًا -بأن يَثبُتَ لمن هاجَر إلينا أحكامُ دارِنا، بأن هاجَر إلينا مُسلِمًا أو ذِمّيًا لا مُستأمَنًا-: لا تَنتظِمُ الْمَصالِحُ، والنِّكاحُ شُرِع لِمَصالِحه لا لعَينه، فلا يَبقى عندَ عدَمِها، كالْمَحرَميّة إذا اعترَضت على النِّكاح، فإنه لا يَبقى معها النِّكاحُ؛ لفَوات انتِظامِ الْمَصالحِ، كذا هنا.

وهذا لأن الذي بَقِي في دارهم كالميْت في أهل دارِنا؛ ألا تَرى أن الْمُرتدَّ اللّاحقَ بدار الحربِ جُعِل كالميْت في حقِّ قِسمةِ المالِ بينَ وَرَثتِه، وعَتقِ مُدبَّريه وأُمّهاتِ أولادِه، والنِّكاحُ لا يَبقى بينَ الحيِّ والميْتِ.

بخِلاف الْمُستأمَنِ منهم؛ لأن تَبايُنَ الدّارَين لم يُوجَد حُكمًا؛ لتَمكُّنه من الرُّجوع،

---

(١) في (ب) و(هـ): تيقنا.

(٢) في (ب): ماليته.

(٣) في (هـ): منع.

والْمُسلِمُ الْمُستأمَنُ من أهل دارِنا حُكمًا.

ومَنَعةُ أهلِ البغيِ من جُملة دارِ الإسلامِ، وفيها لا يُجعَلُ كالميْت حُكمًا، والسَّبيُ سببٌ لِمِلك الرَّقَبةِ مآلًا، فلا يَكونُ مُبطِلًا للنكاح، كالشِّراء؛ لأن الْمَملوكَ بالنِّكاح ليس بمالٍ، فلا يَثبُتُ فيه التَّملُّكُ بالسَّبي مَقصودًا؛ لأن تَملُّكَ البُضعِ مَقصودًا بسببٍ[1] يَختصُّ[2] بشَرطه[3]، وهو الشُّهودُ، وذا لا يُوجَدُ في السَّبي.

وإنما يَثبُتُ الْمِلكُ هنا تبَعًا لِمِلك الرَّقَبةِ عندَ فَراغِ المحَلِّ عن حقِّ[4] الغيرِ، فإذا كان المحَلُّ مَشغولًا يَمتنِعُ الْمِلكُ فيه لفَوات الشَّرطِ، لا[5] أن يَكونَ حقُّ الزَّوجِ مانِعًا.

وخَرَج الجَوابُ عن قَوله: (إنه يُوجِبُ الصَّفاءَ)؛ لأن الصَّفاءَ ثابِتٌ من الوَجه الذي يَعمَلُ[6] السَّبيُ فيه، وهو مِلكُ المالِ؛ ألا تَرى أن مالِكَ النِّكاحِ لو كان مُحترَمًا[7] لا يَبطُلُ النِّكاحِ مع تَقرُّرِ السَّبي، ولا صَفاءَ.

ولو كان السَّبيُ مُنافِيًا للنِّكاح لَمَا بَقِي النِّكاحُ؛ لأن الْمُنافيَ إذا تَقرَّر فالْمُحترَمُ وغيرُ الْمُحترَمِ فيه سَواءٌ، كما لو تَقرَّر بالْمَحرَميّة.

ولأن السَّبيَ لا يُنافِي ابتِداءَ النِّكاحِ، فلَأَن لا يُنافيَ البَقاءَ أَولى.

وأما الدَّينُ: فإن كان على عبدٍ فسُبِي: لم يَسقُط، وإن كان على حُرٍّ فسُبِي: يَسقُطُ؛

(١) في (أ) و(هـ): بسببه.

(٢) في (هـ): مختص.

(٣) في (ب): بشرط.

(٤) في (هـ): ملك.

(٥) في (ز): إلا.

(٦) في (د): حصل.

(٧) في (و) و(ز): محرمًا.

لأنه لما صار عبدًا والدَّينُ لا يَجِبُ على العَبد إلا شاغِلًا ماليّةَ رَقَبتِه.. فكذا لم يَبقَ إلا شاغِلًا للماليّة.

ومذ وَجَب على الحُرِّ لم يكن شاغِلًا لماليّة الرَّقَبةِ؛ إذ لا ماليّةَ في رَقَبته، فلا يُمكِنُ إبقاؤُه إلا بتلك الصِّفةِ، وقد تَعذَّر إبقاؤُه بتلك الصِّفةِ بعدَ السَّبي.

هاجَرَت[1] إلينا: تُنكَحُ بلا عِدّةٍ(س م) إن لم تكن حامِلًا(و).

وإذا خَرجت الْمَرأةُ مُهاجِرةً إلى دار الإسلامِ مُسلِمةً أو ذِمِّيّةً: لم تَلزَمها العِدّةُ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

إلا أن تَكونَ حامِلًا، فحينَئذٍ لا تَتزوّجُ حتى تَضعَ حملَها.

وإن كانَت حائِلًا فلها أن تَتزوّجَ في الحال.

وعندَهما: تَلزَمُها العِدّةُ؛ لأنها حُرّةٌ فارَقت زوجَها بعدَ الإصابةِ، فتَلزَمُها العِدّةُ، كالْمُطلَّقة في دارنا.

وهذا لأن وُجوبَ العِدّةِ عليها لحقِّ الشَّرعِ؛ كيلا يَجتمِعَ ماءُ رَجُلَين في رَحِمها، وذلك الماءُ مُحترَمٌ، حتى يَثبُتُ نسَبُه إلى سَنتَين، وهي حُرّةٌ مُخاطَبةٌ بحقِّ الشَّرعِ، فيَلزَمُها حُكمُه لالتِزامها أحكامَنا.

بخِلاف الْمَسبيّةِ؛ فإنها ليست بحُرّةٍ، ولهذا حَلَّت للسّابي، ومن ضَرورة الحِلِّ للسّابي الحُكمُ بفَراغ رَحِمِها من ماء الزَّوجِ.

فإن قِيل: فلماذا وَجَب الاستِبراءُ على السّابي.

قُلنا: كما وَجَب الاستِبراءُ إذا كانَت مَنكوحةً يَجِبُ أيضًا إذا لم تكن مَنكوحةً.

---

(١) المهاجَرة من أرض إلى أرض: ترك الأولى للثانية. «المختار» ص٣٢٤. والمقصود هنا بالأرض الأولى دار الحرب، وبالثانية دار الإسلام.

على أنه لنا: لأن بالاستِبراء لما حَصَل الْمَقصودُ لا يُحتاجُ إلى إِيجاب العِدّةِ، بخِلاف الْمُهاجِرةِ.

وله: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [المُمْتحنة : ١٠]، فأَباح نِكاحَ الْمُهاجِرةِ مُطلَقًا، فتَقييدُه بما بعدَ العِدّةِ زِيادةٌ.

ولأن هذه فُرقةٌ وَقَعت بتَبايُن الدّارَين، فلا تُوجِبُ العِدّةَ، كالْمَسبيّة إذا كانَت ذاتَ زوجٍ عندَ الخُروجِ إلى دارنا.

وهذا لأن تَبايُنَ الدّارَين حَقيقةً وحُكمًا مُنافٍ للنِّكاح، فيَكونُ مُنافِيًا لأثَره، والعِدّةُ أثَرُ النِّكاحِ الْمُتقدِّمِ يَجِبُ لإظهار خطَرِه، فلا تَجِبُ مع وُجودِ الْمُنافِي للنِّكاح وأثرِه.

ولا يَجوزُ أن تَجِبَ لحقِّ الزَّوجِ؛ لأنه حَربيٌّ غيرُ مُحترَمٍ، وماؤُه جُزؤُه، ولا حُرمةَ له، فكيف يَكونُ لجُزئه حُرمةٌ.

وهو كمن اشتَرى امرَأتَه لا تَجِبُ العِدّةُ لحقِّه؛ لأن الحِلَّ الثّابتَ بالْمِلك حقُّه، لا لحقِّ الشَّرعِ؛ لوُجود الْمُنافِي.

وأما إذا كانَت حامِلًا: فلا نَقولُ بوُجوب العِدّةِ عليها، ولكنها لا تُنكَحُ ما لم تَضَع حملَها؛ لأن في بَطنها ولَدًا ثابِتُ النَّسَبِ من الغَير، وذا يَمنَعُ النِّكاحِ، كأُمِّ الولَدِ إذا حَبِلت من مَولاها لا يُزوِّجُها حتى تَضَعَ حملَها.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَضِوَاللَّهُعَنْهُمَا: أنه يَصِحُّ النِّكاحُ، ولكن لا يَقربُها زوجُها حتى تَضَعَ حملَها، لأنه لا حُرمةَ لماء الحَربيِّ، فهو كماء الزّاني، والحبَلُ من الزِّنى لا يَمنَعُ النِّكاحَ عندَه.

ولكنَّ الأوّلَ أصحُّ، لأن الحبَلَ من الزِّنى لا نسَبَ له، وهنا النَّسَبُ ثابِتٌ من الحَربيّ، وباعتِبار ثُبوتِ النَّسَبِ المحَلُّ مَشغولٌ، فلهذا لا يَصِحُّ النِّكاحُ ما لم يَفرُغ

المحَلُّ عن حقِّ الغيرِ.

ارتِدادُ أحَدِهما فسخٌ(ف) في الحال، فللمَوطوءة المهرُ، ولغَيرها نِصفُه إن ارتَدّ، وإن ارتَدَّت لا، والإباءُ نَظيرُه.

ارتَدَّ أحدُ الزَّوجَين عن الإسلام: وَقَعت الفُرقةُ بغَير طَلاقٍ في الحال، قبلَ الدُّخولِ وبعدَه، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَقَعُ بعدَ الدُّخولِ، حتى تَنقَضي الأقراءُ، كما قال في إِسلام أحَد الزَّوجَين.

ولنا: أن هذه فُرقةٌ تَجِبُ بسَبَب التَّنافي[1]، فتُجعَلُ كالتي تَقَعُ بمِلك أحدِهما صاحِبَه؛ وهذا لأن الرِّدّةَ مُنافيةٌ للعِصمة، مُوجِبةٌ للعُقوبة، والْمُنافِي[2] لا يَحتمِلُ التَّراخيَ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كانَت الرِّدّةُ من الزَّوج فهي فُرقةٌ بطَلاقٍ، فعندَه: الرِّدّةُ والإباءُ طَلاقٌ؛ لأن سببَ الفُرقةِ قولٌ من جِهة الزَّوجِ، إباءً أو رِدّةً، فكان كإِيقاع الطَّلاقِ.

وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كِلاهما فسخٌ؛ لاشتِراك الزَّوجَين فيهما، والطَّلاقُ مَخصوصٌ بالزَّوج، فصار كالفُرقة بخِيار البُلوغِ.

وعندَ أبي حنيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ: الرِّدّةُ فسخٌ، والإباءُ طَلاقٌ؛ لأن الفُرقةَ بالرِّدّة للتَّنافِي؛ لأنها[3] تُنافِي النِّكاحَ؛ لبُطلان أهليّتِه أو محَلّيّتِه، أو لبُطلان العِصمةِ عن نَفسه وأملاكِه.

وبزَوال عِصمةِ أملاكِه يَزولُ النِّكاحُ؛ لأنه منها، أو لأنها موتٌ حُكمًا؛ لما مرّ.

والْمُنافِي لا يَصلُحُ مُستفادًا بالْمِلك، فلا يَكونُ طَلاقًا؛ لأنه مُستفادٌ به، ولهذا لا تَتوقَّفُ الفُرقةُ بالرِّدّة على قَضاء القاضِي؛ لأن الْمُنافيَ لا يَتوقَّفُ حُكمُه على القَضاء،

(١) في (ب): النافي، وفي (هـ): المنافي.

(٢) في (هـ): والباقي.

(٣) في (ب): لا.

كالْمَحرَميّة والْمِلكِ.

وأما الفُرقةُ بالإِباء: فليست للمُنافاة، ولهذا بَقِي النِّكاحُ بعدَ الإباءِ ما لم يُفرِّق القاضِي بينَهما، ولكنها فُرقةٌ وَقَعت بسَبَب فوتِ ثَمراتِ النِّكاحِ، فوَجَب رفعُه؛ لفَوت ثَمرتِه، وذلك مُضافٌ إلى الزَّوج.

فالقاضِي ألزَمه الإمساكَ بالْمَعروف أو التَّسريحَ بالإحسان، فإذا امتَنَع ناب القاضِي مَنابَه؛ دفعًا لظُلمه.

والفُرقةُ بسبَبٍ غيرِ مُنافٍ للنِّكاح إذا كان مُضافًا إلى الزَّوج: يَكونُ طَلاقًا، كالفُرقة بالجَبِّ والعُنّةِ.

والطَّلاقُ قد يُتصوَّرُ من الْمَرأة، بأن فَوَّض الزَّوجُ إليها.

ثم إن كان الزَّوج هو الْمُرتدَّ: فلها كلُّ المهرِ إن دَخَل بها، ونِصفُه إن لم يَدخُل بها.

وإن كانَت هي الْمُرتدّةَ: فلها كلُّ المهرِ إن دَخَل بها، وإن لم يَدخُل بها فلا مهرَ لها؛ لأن الفُرقةَ منها.

والارتِدادُ نَظيرُ الإباءِ في هذا، وقد مرّ.

ارتَدّا وأسلَما معًا: لم تَبِن(ز).

وإن ارتَدّا معًا، ثم أسلَما معًا: فهما على نِكاحهما استِحسانًا.

وفي القِياس: تَقعُ الفُرقةُ بينَهما، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن في رِدّتهما رِدّةَ أحدِهما، ورِدّةُ أحَدِهما مُنافِيةٌ للنّكاح، فكانَت رِدّتُهما مُنافِيةً له ضَرورةً.

ولأن رِدّتَهما تُنافِي النّكاحَ ابتِداءً، فتُنافِيه بَقاءً، كالْمَحرَميّة.

ولكنّا ترَكنا القِياسَ بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فإن بَني حَنيفةَ ارتَدُّوا ثم أسلَموا،

ولم يَأمُرهم الصَّحابةُ بتَجديد الأنكِحةِ بعدَ التَّوبةِ(١).

ولا يُقالُ: إن ارتِدادَهم ما كان جُملةً إجماعًا(٢)، فأنّى يَستَقيمُ التَّعلُّقُ به؟

قُلنا: عندَ جَهالةِ التّاريخِ يُجعَلُ كأنه وُجِد جُملةً، كالغَرقى، والحَرقى، والهَدمى.

ولأن رِدّةَ أحَدِهما دَليلُ الْمُخالَفةِ، ورِدّتُهما ثم إسلامُهما معًا دَليلُ الْمُساعَدةِ والْمُوافقةِ، وهو مُقتَضى عقدِ الْمُناكَحةِ، فبَطَلت الْمُقايَسةِ.

واعتِبارُ البَقاءِ بالابتِداء فاسِدٌ؛ فإن عِدّةَ الغيرِ تَمنَعُ ابتِداءَ النِّكاحِ دونَ البَقاءِ.

ولو أسلَم أحَدُهما بعدَ ارتِدادِهما معًا وَقَعت الفُرقةُ بينَهما؛ لإصرار الآخرِ على الرِّدّة بعدَ إسلامِ هذا، وإصرارُه كإنشائه.

نَصرانيّةٌ تحتَ مُسلِمٍ تَمجَّسا: بانَت(م).

نَصرانيّةٌ تحتَ مُسلِمٍ تَمجَّسا: وَقَعت الفُرقةُ بينَهما؛ خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن سبَبَ الفُرقةِ منهما، فصار كارتِداد الزَّوجَين الْمُسلِمَين.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الزَّوجَ لا يُقَرُّ على ذلك الدِّينِ، بل يُجبَرُ على الإسلام، والْمَرأةُ تُقَرُّ عليه، فصار كرِدّة الزَّوجِ وحدَه.

وإن تَهوَّدا وَقَعت الفُرقةُ اتِّفاقًا؛ لأن سبَبَ الفُرقةِ من الزَّوج خاصّةً، فصار كرِدّة

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢١٣: غريب. وقال في «الدراية» ٢/ ٦٦: هو مأخوذ بالاستقراء.

(٢) أي كان بالتوالي شيئًا فشيئًا. تنبيه: وبنو حنيفة لم يرتدوا جميعًا بل منهم صحابة كرام، ذكر كثيرًا منهم الحافظ في «الإصابة»، ومنهم على سبيل المثال كما في «الإصابة»: ١/ ٤٧٠ البطين بن عبد الله الحنفي، أحد من أسلم من بني حنيفة، وثبت على إسلامه بعد وفاة النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ذكره وثيمة بن الفرات في كتاب «الردة» في قصة لخالد بن الوليد مع مجاعة. انتهى. ومنهم كما في ١/ ٥٦٥ جبلة بن ثور الحنفي، كان في وفد بني حنيفة، وذكر أبو عبيد أنه أحد من شارك في قتل مسيلمة الكذّاب. انتهى.

الزَّوجِ وحدَه؛ وهذا لأنها إذا تهوّدت وحدَها لا تقعُ الفُرقةُ؛ لأن اليَهوديّةَ تَصلُحُ للنكاح، كالمُسلِمة، بخِلاف الْمَجوسيّةِ.

أسلَمَت، وزوجُها صَبِيٌّ نَصرانيٌّ: يُنتظَرُ عقلُه، وفُرِّق بإبائه، ولو كان مَجنونًا عُرِض على أبَوَيه.

أسلَمت وزوجُها صبيٌّ نَصرانيٌّ: يُؤَخَّرُ التَّفريقُ إلى أن يَعقِلَ الإسلامَ؛ لأن الفُرقةَ إنما تُستحَقُّ بعدَ إبائِه، وله غايةٌ مَعلومةٌ.

فإذا عَقَل عُرِض عليه الإسلامُ، فإن أسلَم، وإلا يُفرَّقُ بينَهما.

ولا يُنتظَرُ بُلوغُه؛ لأنه يُطالَبُ[1] بحُقوق العِبادِ[2].

وإن كان مَجنونًا يُعرَضُ على أبَويه الإسلامُ، فإن أسلَما أو أسلَم أحَدُهما، وإلا فُرِّق بينَهما؛ لأنه ليس له غايةٌ مَعلومةٌ.

صَبِيّةٌ مُسلِمةٌ تحتَ مُسلِمٍ، ارتَدَّ أبَواها: لم تَبِن، ولو لَحِقا بها بانَت.

صَغيرةٌ مُسلِمةٌ تحتَ مُسلِمٍ ارتَدَّ أبَواها: لم تَبِنْ[3] من زَوجِها؛ لتَبعيّة الدّارِ؛ لأن للدّار أثَرًا في الاستِتباع كما للأبَوين[4]، حتى إذا وُجِد لَقيطٌ في دار الإسلامِ فإنه يُحكَمُ بإسلامه.

ولو لَحِقا بها بدار الحربِ بانَت؛ لانقِطاع تَبَعيّةِ الدّارِ، فصارَت كافِرةً.

ولو مات أحَدُهما مُسلِمًا، أو مُرتَدًّا، أو نَصرانيًّا، فارتَدَّ الآخَرُ، ولَحِق بها: لا.

(١) في (د) و(هـ): مطالب.

(٢) في (ز): العبادة.

(٣) في (د): (تبين) بدل (لم تبن).

(٤) في (و): في الأبوين.

ولو مات أحَدُهما مُسلِمًا، أو مُرتدًّا، أو نَصرانيًّا، ثم ارتَدَّ الآخرُ ولَحِق بها: لم تَبِنْ؛ لتقرُّر التَّبعيّةِ بمَوت أحَدِهما، فلا يَبطُلُ بكُفر الآخرِ أو تبدُّلِ الدّارِ، وكذا بارتِداده؛ لأن أحكامَ الإسلامِ قائِمةٌ؛ ألا تَرى أن الكسبَ يَكونُ لوَرَثتها الْمُسلِمين.

ولو ارتَدَّ أبَواها[1]، فزَوَّجها القاضِي أو وليٌّ مُسلِمٌ: جاز؛ لأنها مُسلِمةٌ تبعًا للدّار.

والْمَعتوهةُ[2] البالِغةُ كالصَّبِيّة.

ولو كانُوا نَصارى، فتَمجَّسا: بانَت.

والْمَعتوهةُ البالِغةُ كالصَّبِيّة.

ولو كانُوا نَصارى فتَمجَّسا: بانَت؛ لأنها تبَعٌ لهما لا للدّار؛ لأنها ليست دارًا للنَّصارى.

صَبِيّةٌ عَقَلت الإسلامَ، ووَصَفَتْه[3]، فجُنَّت، فارتَدَّ أبَواها[4]: لا تَرتدُّ[ف].

صَغيرةٌ سُبِيت وأُدخِلت دارَنا: حُكِم بإسلامها تبعًا للدّار.

صَغيرةٌ عَقَلت الإسلامَ ووصفَتْه[5]، ثم جُنَّت، فارتَدَّ أبَواها: لا تَرتدُّ؛ لأنها صارَت أصلًا.

---

(١) في (ز): أبوها.

(٢) عَتِه عَتَهًا: من باب تعب، وعَتاهًا بالفتح: نقص عقله من غير جنون، أو دهش، وفيه لغة فاشية عته بالبناء للمفعول، عَتاهةً بالفتح وعَتَاهِيَةً بالتخفيف، فهو معتوه بَيِّنُ العَتَه، وفي «التهذيب»: المعتوه المدهوش من غير مسٍّ أو جنون. «المصباح» ٢/ ٣٩٢.

المعتوه: من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، ضعيف الرأي، ناقص العقل. «التوقيف» ص٣٠٩.

(٣) أي وصفت الإسلام.

(٤) في (م): أبوها.

(٥) في (د): وصفته.

بَلَغت مُسلِمةً أو نَصرانيّةً، ولم تَصِف دِينًا: بانَت، ولو عَقَلت الإسلامَ قبلَ البُلوغِ، ولم تَصِفه: لا.

بَلَغت نَصرانيّةً أو مُسلِمةً، ولم تَصِف دِينًا: بانَت من زَوجها الْمُسلِمِ؛ لأن التَّبعيّةَ زالَت بالبُلوغ.

ولا مهرَ لها قبلَ الدُّخولِ، وبعدَه يَجِبُ الْمُسمّى.

ويَجِبُ أن يُذكَرَ اللهُ تَعالى بجَميع صِفاتِه عندَها، ويُقالَ لها: أهو كذلك؟ فإن قالَت: نعم: حُكِم بإسلامها.

وإن قالَت: أعرِفُه وأقدِرُ على وَصفه، ولا أصِفُه: بانَت؛ لأنها امتَنَعت عما هو رُكنٌ بلا عُذرٍ، وهو الإقرارُ باللِّسان؛ لأنه رُكنٌ عندَ الفُقهاءِ، وإن كان شرطًا عندَ الْمُتكلِّمين لإجراء أحكامِ الإسلامِ، فصارَت مُرتدّةً.

ولو قالَت: لا أقدِرُ على وَصفه: اختُلِف فيه.

ولو عَقَلت الإسلامَ قبلَ البُلوغِ ولم تَصِفه: لم تَبِن؛ لأنها تبَعٌ بعدُ.

ولو وَصَفت الْمَجوسيّةَ: بانَت(س).

وإن وَصَفت الْمَجوسيّةَ: بانَت عندَهما، خِلافًا لأبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وهي مَسألةُ ارتِدادِ الصَّبيِّ، واللهُ أعلمُ.

بَابُ القَسْمِ (1)

اعلَم أن الزَّوجَ مَأمورٌ بالعَدل في القِسمة بينَ النِّساءِ بالكِتاب، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ [النِّساء: ١٢٩].

مَعناه: لن تَستَطيعوا العدلَ والتَّسويةَ في الْمَحبّة، فلا تَميلوا في القِسمة(2).

والسُّنّةِ، فقد رُوِي عن عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كان يَعدِلُ في القَسْم بينَ نِسائِه، وكان يَقولُ: «اللَّهُمَّ هذه قِسمتي فيما أملِكُ، فلا تُؤاخِذني فيما لا أملِكُ»(3)، يَعني: زِيادةَ الْمَحبّةِ لبَعضهنّ.

وعن أبي هُرَيرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال: «من كانَت له زَوجتان فمال إلى إِحداهما في القَسْم.. جاء يومَ القِيامةِ وأحدُ شِقَّيه مائِلٌ(4)»(5).

---

(1) القَسْمُ بالفتح: مصدر بمعنى التجزئة، وقسمة الزوج: بيتوتته بالسوية بين النساء، أي تسوية الزوج بين الزوجات في المأكول والبيتوتة وغيرهما.

وبالكسر النصيب أو الجزء من الشيء المقسوم، وبفتح الأول والثاني: اليمين بالله. «الدستور» ٣/ ٥٠.

(2) في (د): القسم.

(3) رواه الإمام أحمد (٢٥١١١)، وأبو داود (٢١٣٤)، والترمذي (١١٤٠)، والنسائي (٣٩٤٣)، وابن ماجه (١٩٧١). بألفاظ متقاربة.

(4) في (ب): يوم القيامة وشقه مائل.

(5) رواه الإمام أحمد (٧٩٣٦)، وأبو داود (٢١٣٣)، والترمذي (١١٤١)، والنسائي (٣٩٤٢)، وابن ماجه (١٩٦٩).

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ:

والبِكرُ كالثَّيِّب(ف)، والجَديدةُ(ف) كالقَديمة، والْمُسلِمةُ كالكِتابيّة.. في القَسْم.

البِكرُ والثَّيِّبُ، والجَديدةُ والقَديمةُ، والْمُسلِمةُ والكِتابيّةُ، والْمُراهِقةُ والبالِغةُ، والعاقِلةُ والْمَجنونةُ: سَواءٌ في القَسْم؛ لما ذكَرنا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كانَت الجَديدةُ بِكرًا يُفضِّلُها بسَبع لَيالٍ، وإن كانَت ثَيِّبًا فبثَلاث لَيالٍ، ثم التَّسويةُ: لأن القَديمةَ قد أَلِفت صُحبتَه، والجَديدةُ لا، فيُفضِّلُها بزِيادة الصُّحبةِ، وللبِكر زِيادةُ نُفرةٍ عن الرِّجال، فيُفضِّلُها بسَبع لَيالٍ.

ولنا: إطلاقُ ما تَلَونا ورَوَينا.

ولأن القَسْمَ من حُقوق النِّكاحِ، وقد ثَبَت الاستِواءُ في ذلك، والقَديمةُ أَولى بالتَّفضيل؛ لأن الوَحشةَ في جانِبها أكثرُ؛ حيث أدخَل عليها من يُغيظُها.

ولأن للقَديمة زِيادةَ حُرمةٍ بالخِدمة، كما قِيل: لكل جَديدٍ لذّةٍ، ولكلِّ قَديمٍ حُرمةٌ.

وإذا كان للحُرِّ أو الْمَملوكِ امرَأتان حُرّتان: إن شاء أَقام عندَ كلِّ واحِدةٍ يومًا ولَيلةً، وإن شاء ثَلاثةَ أيّامٍ؛ لأن الْمُستحَقَّ عليه التَّسويةُ، فأما مِقدارُ الدَّورِ: فمُفوَّضٌ إليه.

وهذه التَّسويةُ في البَيتوتة عندَها للصُّحبة والْمُؤانَسةِ لا في الْمُجامَعة؛ لأنها تُبتنى على النَّشاط، فلا يُقدَرُ على اعتِبار الْمُساواةِ فيها، كما في الْمَحبّة.

وللحُرّة ضِعفُ الأمةِ.

وللحُرّة ضِعفُ الأمةِ؛ لحَديث عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «للحُرّة الثُّلُثان من القَسْم، وللأمة الثُّلُث»(١).

---

(١) ذكر الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢١٥ أثرًا موقوفًا عن سيدنا علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وهو: إذا نُكحت=

ولأن سببَ استِحقاقِ القَسْمِ الحِلُّ الثّابتُ بالنّكاح، وحِلُّ الأمةِ على النِّصف من حِلِّ الحُرّةِ، وقد تَعذَّر إظهارُ التّنصيفِ في حقِّ حِلِّ الفِعلِ، فأظهَرنا في الحُقوق.

والْمُكاتَبةُ والْمُدبَّرةُ وأُمُّ الولَدِ: كالأَمة؛ لِقيام الرِّقِّ فيهنّ.

والْمَريضُ في القَسْم كالصَّحيح؛ لأن القَسْمَ حقُّها، فلا يَسقُطُ بالْمَرَض.

ويُسافِرُ بمن شاء، والقُرعةُ[1] أحبُّ.

ولا حقَّ لهنَّ في القَسْم حالةَ السَّفَرِ، يُسافِرُ الزَّوجُ بمن شاء منهنَّ.

والأَولى أن يُقرِعَ بينهنَّ، فيُسافِرَ بمن خَرَجت قُرعتُها.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: القُرعةُ مُستحقّة، قالت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: كان النَّبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا أَراد سفَرًا أقرَع بينَ نِسائِه، فأصابَتْني القُرعةُ في السَّفَر الذي أصابَني فيه ما أصابَني[2].

ولنا: أنه لا حقَّ لها في القَسْم عندَ سفَرِه، حتى كان له أن لا يَستصحِبَ واحِدةً منهنّ، فكذا له أن يُسافِرَ بواحِدةٍ منهنّ.

وإنما كان يَفعَلُ ذلك رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَطييبًا لقُلوبهنّ، ونفيًا لتُهَمة الميلِ عن نَفسه، وبه نَقولُ إنه يُستحَبُّ له ذلك.

وإن سافَر مع إِحدى امرَأتَيه لحجٍّ أو غيرِه، فلما قَدِم طالبَتْه الثّانيةُ أن يُقيمَ عندَها

= الحرةُ على الأمة فلهذه الثلثان، ولهذه الثلث، إن الأمة لا ينبغي لها أن تُزوج على الحرة. انتهى. رواه عبد الرزاق (١٣٠٩٠)، وابن أبي شيبة بلفظ قريب (١٦٠٩٠)، والبيهقي (١٤٧٥٠).

(١) القُرعةُ بالضم: السهم والنصيب، وإلقاء القرعة حيلة يتعين بها سهم الإنسان، أي نصيبه. «التعريفات الفقهية» ص١٧٣.

(٢) رواه البخاري (٢٦٦١)، ومسلم (٢٧٧٠).

مِثلَ الْمُدّةِ التي كان فيها مع الأُخرى في السَّفَر: لم يكن لها ذلك.

ولم يُحتسَب عليه(١) بأيّام سفرِه مع التي كانَت معه، ولكنه يَستقبِلُ العدلَ بينَهما؛ لأنه لا حقَّ للمَرأة في القَسْم في حال السَّفرِ، فلا تَلزَمُه مُراعاةُ التَّسويةِ باعتِبار تلك الْمُدّةِ.

وَهَبت قِسْمَها(٢) لأُخرى: صحّ، ولها أن تَرجِعَ.

وإن رَضِيَت إِحدى الزَّوجاتِ بتَرك قَسْمِها لصاحِبتها: جاز؛ لما رُوِي أنه عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال لسَودةَ حينَ أَسَنَّت: «اعتَدِّي»، فسألَتْه لوَجه اللهِ تَعالى أن يُراجِعَها ويَجعَلَ نَوبتَها لعائِشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهَا؛ لأنْ تُحشَرَ يومَ القِيامةِ مع أزواجِه، وفيه نَزَل قولُه تَعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا...﴾ الآيةَ [النِّسَاء: ١٢٨](٣).

ولها أن تَرجِعَ في ذلك؛ لأنه مُجرَّدُ وعدٍ، فلا يَلزَمُ(٤).

---

(١) في (ب): عليها.

(٢) بالكَسر، أي نَوْبَتها. «الدر المنتقى» ١/ ٦٩٩.

(٣) رواه بهذا السياق الإمام أبو يوسف في «الآثار» (٦٦٧) عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ أنه قال لسودة ابنة زمعة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهَا: «اعتدي»، فقعدت له في الطريق، فسألته بوجه الله أن يراجعها، فقالت: والله مابي حرص على الرجال، ولكني أحب أن أحشر مع أزواجك، واجعل يومي لعائشة، ففعل رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ ذلك.

وروى البيهقي (١٥٠٠٦) عن أبي هريرة: أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ قال لسودة بنت زمعة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهَا: «اعتدي»، فجعلها تطليقة واحدة، وهو أملك بها.

وروى البخاري (٢٥٩٣) عن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهَا قالت: كان رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه، وكان يقسم لكل امرأة منهن يومها وليلتها، غير أن سودة بنت زمعة وهبت يومها وليلتها لعائشة زوج النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ تبتغي بذلك رضا رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ.

(٤) في (ج) و(د): فلا يلزمه.

المتفرقات(١)

أَقام بَيِّنَةً على نِكاحها(ك)، وأقامَت على نِكاح أُختِها قبلَها، أو على إِقراره به: قُضِي(س م) بحُجّته.

ادَّعى رَجُلٌ نِكاحَ امرأةٍ، وأَقام البَيِّنَةَ، وأقامَت الْمَرأةُ البَيِّنَةَ أنه تزوَّج أُختَها قبل الوقتِ الذي ادَّعى نِكاحَها: لا تُقبَلُ بَيِّنتُها إجماعًا.

وإن كان لها فيه حقٌّ، وهو دفعُ بَيِّنَتِه؛ لأن القَضاءَ على الغائِب يَجوزُ عندَنا تبعًا للقَضاء على الحاضِر، إذا كان ما يَتوجَّهُ على الغائِب سببًا لحقِّ الْمُدَّعي أو شرطًا له.

وإذا كان تبعًا كان مِن شَرطه أن يكونَ ما يَدَّعيه على الحاضِر من جِنس ما يَثبُتُ بالبَيِّنات؛ ليَصلُحَ الآخرُ تبعًا له، فأما إذا لم يكن كذلك: انقلَب القَضاءُ على الغائِب مَقصودًا، وذا باطِلٌ.

وهنا قصدُها بهذه البَيِّنةِ نفيُ(٢) هذا النِّكاحِ، وذا ليس من جِنس ما يَثبُتُ بالبَيِّنات، فبَقِي القَضاءُ بالنِّكاح على الغائِبة قصدًا، فلم يَصِحَّ.

ولهذا لو حَضَرت الغائِبةُ تَحتاجُ إلى إِعادتها.

وتُقبَلُ بَيِّنةُ الْمُدَّعي عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ، ويُقضى بها.

---

(١) المتفرقات: جرت عادتهم أن المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها يجمعونها بعدُ، ويسمونها بهذه الأسماء. «رد المحتار» ٥/ ٢٢٦.

(٢) في (هـ): بقي.

وقالا: يُوقَفُ الأمران احتياطًا لأمر البُضعِ، كالوَكيل بنَقل المَرأةِ إذا أقامَت البيِّنة على أنه طَلَّقَها ثَلاثًا، فإنه يُوقَفُ، ويُحالُ بينَه وبينَها، وإن لم تُقبَلْ بيِّنتُها[1]؛ احتِياطًا لأمر الفرجِ، كذا هنا.

فإن حَضَرت وأقامَت البيِّنةَ: بَطَل نِكاحُ الحاضِرةِ، وإن جَحَدت[2] قُضِي ببيِّنته.

وإن أقامَت الشّاهدةُ البيِّنةَ على إقرار الزَّوجِ بنِكاح الغائِبةِ.. فهذا والأوَّل سَواءٌ؛ لأنَ الإقرارَ بنِكاحها ليس بسبَبٍ لحُرمة هذه؛ لجَواز سبقِ الطَّلاقِ.

وكذا لو قال: (طَلَّقتُها، ومَضَت عِدّتُها)، فإن حَضَرتْ وكَذَّبَتْه في الطَّلاق: وَقَع بإقراره، وتَعتَدُّ مُذ أقَرّ، ولها النَّفَقةُ، ولم يَبطُل نِكاحُ الحاضِرةِ.

ولو أقَرَّ بنِكاح الغائِبةِ، ولكن قال: (طَلَّقتُها، وأخبرَتْني بمُضِيِّ عِدّتِها): قُضِي بنِكاح الحاضِرةِ.

فإن حَضَرت الغائِبةُ وكذَّبَتْه في الطَّلاق: طَلُقت بإقراره، وعليها العِدّةُ من حينَ أقَرَّ بالطَّلاق، ولها النَّفَقةُ والسُّكنى، ولم يَبطُل نِكاحُ الحاضِرةِ.

لأنّا قَبِلنا قولَها في حقِّها دونَ حقِّ الزَّوجِ.

فلو وَلَدَت لسَنتَين: لَزِمه، وبَطَل نِكاحُها.

فإن جاءَت بولَدٍ إلى سَنتَين مُذ أقَرَّ بالطَّلاق: لَزِمه الولَدُ، وبَطَل نِكاحُ الحاضِرةِ؛ لأن ثُبوتَ النَّسَبِ لا يَنفكُّ عن الفِراش، فكان من ضَرورته الحُكمُ بقِيام الفِراشِ، وإبطالُ نِكاحِ الحاضِرةِ.

---

(١) في (د): بينتهما.

(٢) في (ج): عجزت.

وإن أقامَت[1] على نِكاح أُمِّها، أو إقرارِه به، أو نِكاحِ بنتِها: فكما مرّ، وعلى إقراره: تُقبَلُ، وفُرِّق.

ولو أقامَت بَيِّنةً على أنه تزوَّج أُمَّها أو بِنتَها، أو[2] أقامَت على إقراره بنِكاح الأمِّ: فهو على هذا الخِلافِ؛ لأنه ليس من ضَرورة نِكاحِ الأُمِّ أو البِنتِ فَسادُ نِكاحِ هذه.

أما نِكاحُ الأُمِّ: فلا يُنافِي نِكاحَ البِنتِ إلا أن يَبقى، والبَقاءُ مُحتمِلٌ، فصار كنِكاح الأُختِ.

وأما نِكاحُ البِنتِ[3]: فقد يَكونُ صَحيحًا، وقد يَكونُ فاسِدًا، فلا يَثبُتُ التَّنافي بالشَّكِّ.

والإقرارُ بنِكاح الأُمِّ لا يَمنَعُ نِكاحَ البِنتِ إلا أن يَبقى.

ولو أقامَت على النِّكاح والدُّخولِ، أو التَّقبيلِ: تُقبَلُ، وبَطَل نِكاحُها.

ولو أقامَت على إقراره بنِكاح البِنتِ، أو بنِكاح الأُمِّ والدُّخولِ أو التَّقبيلِ: تُقبَلُ؛ لأن نِكاحَ البِنتِ يُحرِّمُ نِكاحَ الأُمِّ على التَّأبيد، والدُّخولُ مُحرِّمٌ بكلِّ حالٍ، فصار كما لو شَهِدوا على إقراره أنها مُحرَّمةٌ.

قال لزَوجته: (طَلَّقكِ فُلانٌ، ومَضَت عِدَّتُكِ، فنكَحتُكِ)، وأنكَرَت طَلاقَه: لم يُفرَّق، فإن حَضَر وأنكَر الطَّلاقَ: فهي له، وإن صَدَّقه: وَقَع مُذ أقَرّ، وفُرِّق بينَها وبينَ الثّاني، وإن صَدَّقَتْه لا.

قال لامرَأته: (كان فُلانٌ تَزوَّجكِ قَبلي، وطَلَّقكِ ومَضَت عِدَّتُكِ، فنكَحتُكِ)، وقالَت: (لم يُطلِّقني): لم يُفرَّق بينَهما؛ لأنها مُتناقِضةٌ[4]؛ لأن إقدامَها على النِّكاح إقرارٌ

---

(١) أي البينة.

(٢) في (ز): و.

(٣) في (د): الأخت.

(٤) في (هـ) و(ز): مناقضة.

منها بصِحّة العقدِ.

فإن حَضَر الغائِبُ وأنكَر الطَّلاقَ: قُضِي له بها، ويُفرَّقُ بينَها وبينَ الزَّوجِ الثّاني؛ لتَصادُقهم على نِكاحه، فيُصدَّقُ في أنه لم يُطلِّقها، ولم يُوجَد منه ما يَصيرُ به مُتناقِضًا في هذا الإنكارِ، فبَقِي النّكاحُ.

فإن كان الثّاني دَخَل بها: لَزِمتها العِدّةُ؛ للدُّخول بالشُّبهة، ولم يُقِرَّ بها الأوَّلُ حتى تَمضيَ عِدّتُها؛ لأن العِدّةَ من غَير الزَّوجِ تُحرِّمُ الوطءَ.

وإن أقَرَّ الزَّوجُ الأوَّلُ بالنّكاح والطَّلاقِ كما قال الزَّوجُ الحاضِرُ، وأنكَرت الْمَرأةُ ذلك كلَّه إلا النّكاحَ: وَقَع الطَّلاقُ عليها من حينَ أقَرَّ، ويُفرَّقُ بينَها وبينَ الثّاني؛ لأن العِدّةَ وَجبت في الحال، فتَمنَعُ نِكاحَ الثّاني.

ولا يُصدَّقُ الزَّوجُ الأوَّلُ في دَعوى الإسنادِ؛ لأنه يُريدُ به إبطالَ حقِّها في النَّفَقة والسُّكنى.

ولو صدَّقَتْهما الْمَرأةُ فهي امرَأةُ الثّاني؛ لثُبوت الإسنادِ[1]؛ إذ الحقُّ لهم، وقد تَصادَقوا عليه.

ولو أنكَرت نِكاحَ الأوَّلِ أصلًا: فالقولُ لها، وكانت زَوجةَ الأخيرِ، وإن أنكَر الأوَّلُ الطَّلاقَ؛ لأن النّكاحَ لم يَثبُت؛ حيث أنكَرت[2]، وقد تَوافَقا على صِحّة النّكاحِ الثّاني.

وبَطَل إقرارُه لِمَجهولٍ، ولا يُحلَّفُ (س م).

ولو أقَرّ[3] لِمَجهولٍ، فجاء رَجُلٌ وادَّعى، وصدَّقَته، وأنكَر الزَّوجُ: فالقولُ له؛ لأنه

---

(١) في (د): الاستناد.

(٢) في (د): أنكر.

(٣) في (أ): ولو أقرا.

أَقَرَّ لِمَجهولٍ، والإقرارُ للمَجهول[1] باطِلٌ، فكان هذا ابتِداءَ الدَّعوى بلا تَقديم الإقرارِ.

ولا يَمينَ عليه عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما.

وصحَّ(ف) نِكاحٌ بشَرط خِيارٍ، وبطَل.

تَزوَّج امرَأةً بشَرط الخِيارِ ثَلاثةَ أيّامٍ: صحَّ النِّكاحُ، وبَطَل الشَّرطُ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنعقِدُ النِّكاحُ أصلًا؛ لأن العقدَ لم يُشرع إلا لحِكمةٍ، وشرطُ الخِيارِ يَمنَعُ ثُبوتَ الحُكمِ، فيَلغو.

ولنا: أن أثرَ الخِيارِ في إعدام الرِّضا بالحُكم، والرِّضا بحُكم هذا العقدِ ليس بشرطٍ؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ثَلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ، وهَزْلُهنَّ جِدٌّ: النِّكاحُ، والطَّلاقُ، والعَتاقُ»[2].

وهو في مَعنى الهَزْلِ؛ لشُمول عدَمِ الرِّضا بالحُكم فيهما.

وللزَّوج أن يَمنَعَ امرَأتَه من الغَزْل[3].

ويَضرِبَها بتَركِ الزِّينةِ إن أَرادها، وتركِ الإجابةِ إن أَراد جِماعَها وهي طاهِرةٌ.

وتركِ الصَّلاةِ، والغُسلِ.

والخُروجِ من مَنزِله بلا إذنه، بعدَ إيفاءِ المهرِ.

رَجُلٌ له امرَأةٌ لا تُصلِّي: له أن يُطلِّقَها وإن لم يَقدِر على إيفاء مهرِها، فلَأَن يَلقى الله

---

(١) في (ج): لمجهول، وفي (هـ): بالمجهول.

(٢) رواه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩)، والبيهقي (١٤٩٩٣)، إلا أنهم ذكروا الرجعة بدل العتاق، وانظر تحقيق العلامة الزيلعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ في ذلك في «نصب الراية» ٣/ ٢٩٣، وعزا لفظ العتاق لـ «مسند» الحارث. اهـ. قلت: وهو فيه (٥٠٣) بلفظ: «لا يجوز اللعب في ثلاث: الطلاق والنكاح والعتاق، فمن قالهن فقد وجبن».

(٣) في (ب): العزل.

تَعالى ومهرُها في عُنُقه خيرٌ له من أن يطأَ امرَأةً لا تُصلِّي.

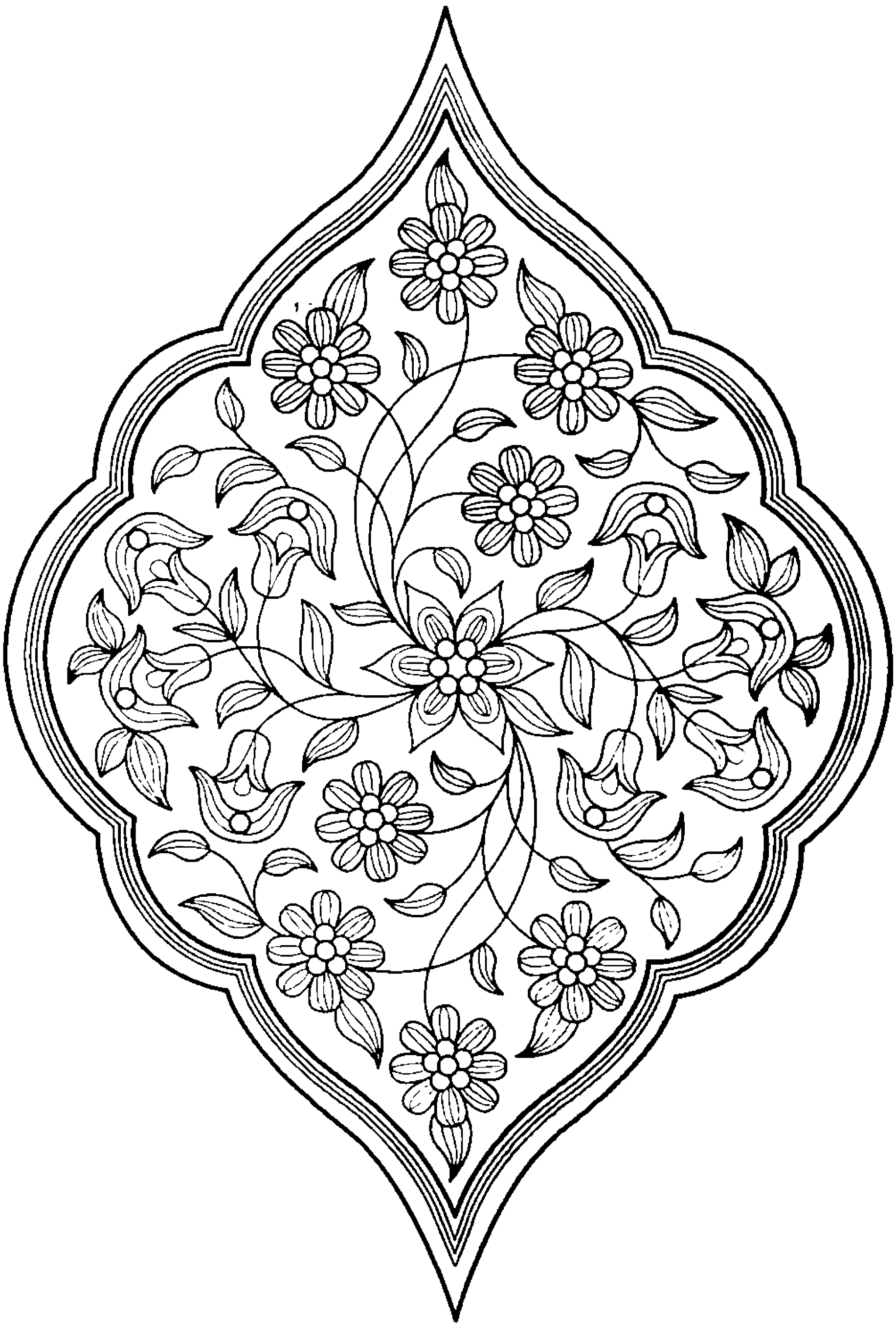
فإن أرادَت أن تَخرُجَ إلى مَجلِس العِلمِ بلا إذنه لم يكن لها ذلك، فإن وَقَعت لها نازِلةٌ وزوجُها عالِمٌ بها، أو جاهِلٌ لكنه يَسأَلُ عالِمًا: لا تَخرُجُ، وإلا لها أن تَخرُجَ.

فإن كان لها أبٌ زَمِنٌ ليس له من يَقومُ عليه، وزوجُها يَمنَعُها من الخُروج إليه: لها أن تَعصيَ زوجَها وتُطيعَ الوالِدَ، مُؤمِنًا كان أو كافِرًا.

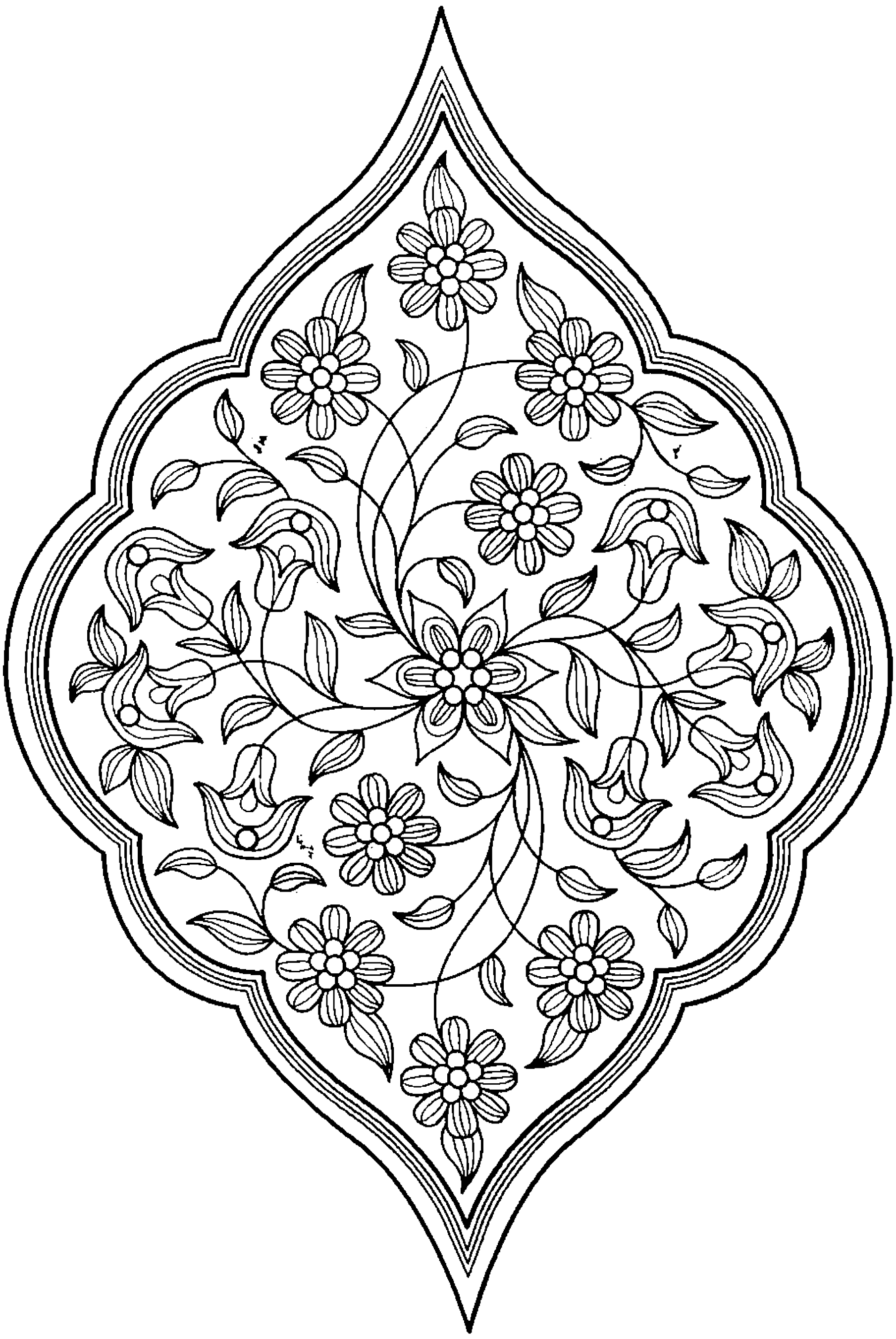
رَجُلٌ له أُمٌّ شابّةٌ تَخرُجُ إلى الوَليمة والْمُصيبةِ(١)، وليس لها زوجٌ: لا يَمنَعُها ابنُها، ما لم يَتحقَّق عندَه أنها تَخرُجُ لفَسادٍ، فحينَئذٍ يَرفَعُ الأمرَ إلى القاضِي، فإذا أمَره القاضِي بالْمَنع له أن يَمنَعَها؛ لقِيامه مَقامَه، والله أعلمُ.

---

(١) في (ز): والمعصية.



كِتَابُ الرَّضَاعِ



كِتَابُ الرَّضَاعِ

كِتابُ الرَّضاعِ[1]

هو في الشَّرع: عِبارةٌ عن مصِّ شخصٍ مَخصوصٍ -أي الطِّفلِ- من ثديٍ مَخصوصٍ -أي ثديِ الآدميّةِ- في وقتٍ مَخصوصٍ -على حَسَب ما اختُلِف فيه-.

حَرُم به، وإن قلّ (ف).

في ثَلاثِين شهرًا (س م ز ف).

ما حَرُم بالنَّسَب، إلا أُمَّ أُختِه، وأُختَ ابنِه.

يَحرُمُ بالرَّضاع -وإن قلَّ- ما يَحرُمُ بالنَّسَب[2]، في ثَلاثين شهرًا، إلا أُمَّ أُختِه[3] وأُختَ ابنِه[4].

---

(١) الرضاع: مص الرضيع من ثدي الآدمية في مدة الرضاع. «التعريفات» ص١١١.

الرضاع: التغذية بما يذهب الضراعة، وهو الضعف والنحول، بالرزق الجامع الذي هو طعام وشراب، وهو اللبن الذي مكانه الثدي من المرأة، والضرع من ذات الظِّلف. ذكره الحرالي.

وقال غيره: لغةً: مص الثدي وشرب لبنه. وشرعًا: حصول لبنِ ذات تسع فأكثر، حال حياتها، في معدة حي، قبل تمام حولين، خمس رضعات يقينًا. «التوقيف» ص١٧٨.

(٢) في (ز): من النسب.

(٣) في (ز): أخيه، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(٤) في (هـ): أبيه.

الكَلامُ هنا في فُصولٍ:

أحَدُها: أن قَليلَ الرَّضاعِ ككَثيره في ثُبوت الحُرمةِ به عندَنا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَثبُتُ الحُرمةُ إلا بخَمس رضَعاتٍ، يَكتفِي الصَّبيُّ بكلِّ واحِدةٍ منها؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا تُحرِّمُ الْمَصّةُ ولا الْمَصّتان[1]، ولا الإملاجةُ ولا الإملاجتان»[2].

وعن عائِشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا قالَت: كان فيما أُنزِل في القُرآن: عشرُ رَضَعاتٍ مَعلوماتٍ يُحرِّمنَ، فنُسِخنَ بخَمس رَضَعاتٍ مَعلوماتٍ يُحرِّمنَ، فكان ذلك مما يُتلى بعدَ رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[3].

ولا نسخَ بعدَ ذلك.

فيُثبِتُ بالأوَّل نفيَ مَذهَبِنا، وبالثّاني تَقرُّرَ مَذهَبِه.

على أن الأوَّلَ دالٌّ عليهما؛ لأن الْمَصّةَ داخِلةٌ في الْمَصّتَين، كقَوله: (لا أُكلِّمُه يومًا ولا يَومَين)، فإن اليَمينَ تَنتَهي بيومَين، بخِلاف قولِه: (لا أُكلِّمُه يومًا ويَومَين)؛ حيث لا تَنتَهي اليَمينُ إلا بثَلاثة أيّامٍ، فكأنه قال: (لا تُحرِّمُ الْمَصّتان والإملاجَتان).

فانتَفت الحُرمةُ عن أربَع رَضَعاتٍ بهذا الحَديثِ.

والخمسُ مُحرِّمٌ إجماعًا، أو بالنُّصوص الْمُطلَقةِ، وفيه نوعُ ضَعفٍ، والحقُّ ما ذكَرنا بَدْءًا.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النِّساء: ٢٣]، أثبَت الحُرمةَ بفِعل

---

(١) في (هـ): والمصتان.

(٢) رواه مسلم (١٤٥١)، وابن حبان (٤٢٢٦).

(٣) رواه مسلم (١٤٥٢).

الإرضاعِ مُطلَقًا، فاشتِراطُ العدَدِ فيه يَكونُ زِيادةً على النَّصّ، وهي لا تَثبُتُ بخَبَر الواحِدِ.

وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «يَحرُمُ من الرَّضاع ما يَحرُمُ من النَّسَب»(١)، ولم يَفصِل بينَ القَليلِ والكَثيرِ، فلا يَجوزُ التَّقييدُ بالكَثير؛ لأنه يَجري مَجرى النَّسخِ.

وعن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال: «الرَّضاعُ قَليلُه وكَثيرُه سَواءٌ»(٢)، أي في إيجاب الحُرمةِ.

ولأنه من أَسباب الحُرمةِ، كالنَّسَب، باعتِبار شُبهةِ البَعضيّةِ؛ لما يَحصُلُ باللَّبَن الذي هو جُزءٌ من الآدَميّة من إنبات اللَّحمِ، وإنشازِ العظمِ، كما وَرَد في الحَديث: «الرَّضاعُ ما أنبَت اللَّحمَ، وأنشَز العظمَ»(٣).

لكنه أمرٌ مُبْطَنٌ، فتَعلَّق الحُكمُ بفِعل الإرضاعِ، كما تَعلَّق ثَمَّ بالوَطء.

وما رَواه مَردودٌ بالكِتاب، فقد رُوِي عندَ(٤) ابنِ عمرَ حَديثُ ابنِ الزُّبَيرِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ: لا تُحرِّمُ الْمَصّةُ ولا الْمَصّتان(٥)، فقال ابنُ عمرَ: قَضاءُ اللهُ تَعالى أَولى من قَضاء ابنِ الزُّبَيرِ(٦).

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) روى النسائي (٣٣١١) والطبراني (٩٦٩٨) والدارقطني (٤٣٥٥) عن قتادة قال: كتبنا إلى إبراهيم بن يزيد النخعي نسأله عن الرضاع، فكتب أن شريحًا حدثنا أن عليًّا وابن مسعود كانا يقولان: يحرم من الرضاع قليله وكثيره، وكان في كتابه: أن أبا الشعثاء المحاربي حدثنا أن عائشة حدثته أن نبي الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يقول: «لا تحرم الخطفة والخطفتان».

(٣) رواه الإمام أحمد (٤١١٤)، وأبو داود (٢٠٦٠).

(٤) في (د): عبد الله، وفي (هـ): عنه، وفي (ز): عن.

(٥) في (د): والمصتان.

(٦) روى الطبراني (١٣٦٥٧) والدارقطني (٤٣٧٧) عن عمرو بن دينار: أن ابن عمر سئل عن =

فردَّ عليه قولَه؛ لِمُخالَفته إطلاقَ قولِه تَعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النِّساء: ٢٣].

أو مَنسوخٌ به، فقد رُوِي أنه قِيل لابن عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: إن النّاسَ يَقولون: إن الرَّضعةَ لا تُحرِّمُ، فقال: كان ذلك، ثم نُسِخ[1].

وأما حَديثُ عائِشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: فضَعيفٌ جِدًّا؛ لأنه إذا كان مَتلُوًّا بعدَ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -ونسخُ التِّلاوةِ بعدَ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يَجوزُ- فلماذا لا يُتلى الآن؟!

وذُكِر في الحَديث: فدَخَل داجِنٌ البيتَ فأكَله[2].

وهذا يُقوِّي قولَ الرَّوافضِ الذين يَقولون: كَثيرٌ من القُرآن ذَهَب بعدَ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلم يُثبِته الصَّحابةُ في الْمُصحَف، وهو قولٌ باطِلٌ بالإجماع.

=شيء من أمر الرضاعة، فقال: لا أعلم إلا أن الله تعالى قد حرم الأخت من الرضاعة، فقيل له: فإن عبد الله بن الزبير يقول: لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان، فقال ابن عمر: قضاء الله تعالى خير من قضائك وقضاء ابن الزبير. انتهى، وروى الطحاوي في «مشكل الآثار» ١١/ ٤٩٣ عن عمرو بن دينار: أن ابن عمر سئل عن المصة والمصتين، فقال: لا يصلح، فقيل له: إن ابن الزبير لا يرى به بأسًا، فقال: يقول الله: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النِّساء: ٢٣]، فقضاء الله أحق من قضاء ابن الزبير.

(١) قال الجصاص في «أحكام القرآن» ٣/ ٦٧: حدث أبو الحسن الكرخي، قال حدثنا الحضرمي، قال حدثنا عبد الله بن سعيد، قال حدثنا أبو خالد، عن حجاج، عن حبيب بن أبي ثابت، عن طاووس، عن ابن عباس أنه سئل عن الرضاع فقال: إن الناس يقولون لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان، قال: قد كان ذاك، فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم.

(٢) روى ابن ماجه (١٩٤٤) عن عمرة عن عائشة، وعن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه عن عائشة قالت: لقد نزلت آية الرجم ورضاعة الكبير عشرًا، ولقد كان في صحيفة تحت سريري، فلما مات رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وتشاغلنا بموته.. دخل داجن فأكلها.

والثّاني: أن مُدّةَ الرَّضاعِ ثَلاثون شهرًا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: حَولان، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ثَلاثةُ أحوالٍ.

لهما: قولُه تَعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣]، ولا زِيادةَ بعدَ الإتمامِ[1] والكَمالِ.

وقولُه تَعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لُقْمَان: ١٤]، ولا رضاع بعد الفصال.

ولأبي حنيفةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: قولُه تَعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ۚ﴾ [الأَحْقَاف: ١٥]، فظاهِرُه يَقتَضي أن يَكونَ جَميعُ المَذكورِ مُدّةً لكلِّ واحِدٍ منهما، كمن قال: (أَجّلُ الدَّينَ الذي لي على فُلانٍ، والدَّينَ الذي على فُلانٍ: سنةً)، يُفهَمُ منه تَقديرُ[2] المُدّةِ في حقِّهما.

إلا أن الدَّليلَ قد قام على أن مُدّةَ الحملِ لا تَكونُ أكثرَ من سَنتَين، وهو قولُ عائِشةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا: الولَدُ لا يَبقى في البَطن لأكثرَ[3] من سَنتَين ولو بقَدْر ظِلِّ مِغزَلٍ[4].

والظّاهرُ أنها قالَته سَماعًا؛ لأن المَقاديرَ لا يَهتَدي إليها الرَّأيُ، فبَقِي مُدّةُ الفِصالِ على ظاهِره.

أو نَقولُ: المُرادُ بالآية -واللهُ أعلمُ-: الحملُ بالأكُفِّ والحُجورِ؛ لأن الحملَ بالبُطون استُفِيد بقَوله تَعالى: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا﴾ [الأَحْقَاف: ١٥]، فلو حُمِل هذا الحملُ على الحَمل في البَطن لكان تَكرارًا، والأصلُ أن يُحمَلَ الكَلامُ على الإفادة لا على الإعادة.

---

(١) في حاشية (و): التمام. نسخة.

(٢) في (هـ): تقرير.

(٣) في (ب) و(هـ): أكثر.

(٤) رواه سعيد بن منصور (٢٠٧٧)، والدارقطني (٣٨٧٥)، والبيهقي (١٥٥٥٢).

ولأن الصَّبيَّ كما يَتغذّى باللَّبَن قبلَ الحَولَين.. يَتغذّى به بعدَهما.

والفِطامُ[1] لا يَحصُلُ في ساعةٍ، بل يَحصُلُ دَرَجةً فدَرَجةً، حتى يَنسى اللَّبَنَ، ويَتعوَّدَ الطَّعامَ[2]، فلا بُدَّ من زِيادةٍ على الحَولَين لِمُدّة الفِطامِ.

وإذا وَجَبت الزِّيادةُ فقَدَّرناها بأَدنى مُدّةِ الحملِ؛ لأنها مُدّةُ تَغيُّرِ الغِذاءِ؛ فإن الولَدَ يَبقى في البَطن سِتّةَ أشهُرٍ[3]، ويَتغذّى بغِذاء الأُمِّ، ثم يَنفصِلُ ويَصيرُ أصلًا في الغِذاء.

وبهذا يَحتَجُّ زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أيضًا، إلا أنه يَقولَ: لَمّا وَجَب اعتِبارُ بعضِ الحولِ الثّالثِ.. وَجَب اعتِبارُ كلِّه؛ لأن الحولَ حسَنٌ لاختِبار الأحوالِ، والتَّحوُّلِ من الحال[4] إلى الحال، كما في العِنِّين والزَّكاةِ؛ لاشتِماله على الفُصول الأربَعةِ.

وقولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا رَضاعَ بعدَ الحَولَين»[5].. مَحمولٌ على الرَّضاع الْمُستحَقِّ، حتى لا يُستحَقُّ على الوالِد نَفَقةُ الإرضاعِ بعدَ ذلك.

وقالُوا: إن مُدّةَ الرَّضاعِ في حقِّ استِحقاقِ الأجرِ على الأَب مُقدَّرةٌ بحَولَين عندَ

---

(١) في (ج): والفصال، وفي (هـ): والفطام والفصال.

(٢) في (و): الفطام.

(٣) في (د): (سنة) بدل (ستة أشهر).

(٤) في (ب): الحول.

(٥) قال في «الدراية» ٢/ ٦٨: الدارقطني (٤٣٦٤) من حديث ابن عباس بلفظ: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين»، وأخرجه ابن عدي، وقالا: إن الهيثم بن جميل تفرد برفعه عن ابن عيينة، وإن أصحاب ابن عيينة وقفوه، وهو الصواب، وكذلك أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٠٥٣) وعبد الرزاق (١٣٩٠٣) وسعيد بن منصور (٩٨٠).

وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا عن علي (١٧٠٥٢) وابن مسعود (١٧٠٥١)، وروى الدارقطني (٤٣٦٥) عن عمر: لا رضاع إلا في الحولين في الصغر.

الكلِّ، حتى إذا طلَّق امرأته وطلَبت أُجرةَ الرَّضاعِ بعدَ الحَولَين، وأبى الزَّوجُ: لا يُجبَرُ على ذلك، ولو وَقَع ذلك في الحَولَين فإنه يُجبَرُ على الإعطاء.

والنَّصُّ الْمُقيِّدُ بحَولَين مَحمولٌ على هذا أيضًا.

ولأنه تَعالى قال بعدَه: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَاۗ﴾ [البَقَرة: ٢٣٣]، ذَكَره بعدَ حَولَين بحَرف الفاءِ، فدَلَّ على بَقاء مُدّةِ الرَّضاعِ، حتى احتِيج إلى تَراضِيهما على الفِصال، ولو كانَت مُنقضِيةً لما احتِيج إليه.

والثّالثُ: أن مُدّةَ الرَّضاعِ إذا مَضَت لا يَتعلَّقُ به التَّحريمُ على حَسَب اختِلافِهم.

فعندَهما: لا تَثبُتُ حُرمةُ الرَّضاعِ بعدَ الحَولَين.

وعندَه: بعدَ ثَلاثين شهرًا.

وعندَ زفرَ: بعدَ ثَلاثِ سِنينَ.

والأصلُ فيه: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا رَضاعَ بعدَ الفِصالِ»(١).

وأراد به حُكمَه؛ لأنه يُوجَدُ حَقيقةً بعدَه، وحُكمُه: الحُرمةُ، فقد نَفى الحُرمةَ بعدَ الفِصالِ.

وقال بعضُ النّاسِ: تَثبُتُ الحُرمةُ بإرضاع الكَبيرِ(٢)؛ لإطلاق النُّصوصِ.

---

(١) رواه عبد الرزاق (١١٤٥٠)، والطبراني في «الصغير» (٩٥٢)، والبيهقي (١٤٨٨١)، وبوب به ابن ماجه وذكر أحاديث في معناه (١٩٤٥).

(٢) روى البخاري (٤٠٠٠) مختصرًا، ومسلم (١٤٥٣) واللفظ له:

عن عائشة قالت: جاءت سهلة بنت سهيل إلى النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالت: يا رسول الله! إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه، فقال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أرضعيه»، قالت: وكيف أرضعه وهو رجل كبير؟ فتبسم رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال: «قد علمت أنه رجل كبير». =

= وروي كذلك بألفاظ ومناسبات أخرى.

ولتلخيص هذه المسألة والجوابِ عن كثير مما أثير حولها من الملحدين وأشباههم أنقل كلام الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ في «الفتح» ٩/ ١٤٨ حيث قال:

واستدل به -أي حديث «فإنما الرضاعة من المجاعة»- على أن التغذية بلبن المرضعة يحرِّم، سواء كان بشرب أم أكل، بأي صفة كان، حتى الوجور والسعوط والثرد والطبخ وغير ذلك، إذا وقع ذلك بالشرط المذكور من العدد؛ لأن ذلك يطرد الجوع، وهو موجود في جميع ما ذكر، فيوافق الخبر والمعنى، وبهذا قال الجمهور، لكن استثنى الحنفية الحقنة، وخالف في ذلك الليث وأهل الظاهر، فقالوا: إن الرضاعة المحرمة إنما تكون بالتقام الثدي ومص اللبن منه.

وأورد عليٌّ بن حزم أنه يلزم على قولهم إشكالٌ في التقام سالم ثدي سهلة وهي أجنبية منه، فإن عياضًا أجاب عن الإشكال باحتمال أنها حلبته ثم شربه من غير أن يمس ثديها، قال النووي: وهو احتمال حسن، لكنه لا يفيد ابن حزم؛ لأنه لا يكتفي في الرضاع إلا بالتقام الثدي، لكن أجاب النووي بأنه عفي عن ذلك للحاجة، وأما ابن حزم: فاستدل بقصة سالم على جواز مس الأجنبي ثدي الأجنبية والتقام ثديها إذا أراد أن يرتضع منها مطلقًا، واستدل به على أن الرضاعة إنما تعتبر في حال الصغر؛ لأنها الحال الذي يمكن طرد الجوع فيها باللبن، بخلاف حال الكبر، وضابط ذلك تمام الحولين كما تقدم في الترجمة، وعليه دل حديث ابن عباس المذكور، وحديث أم سلمة: «لا رضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام»، وصححه الترمذي وابن حبان.

قال القرطبي: في قوله: «فإنما الرضاعة من المجاعة» تثبيت قاعدة كلية صريحة في اعتبار الرضاع في الزمن الذي يستغنى به الرضيع عن الطعام باللبن، ويعتضد بقوله تعالى: ﴿لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣] فإنه يدل على أن هذه المدة أقصى مدة الرضاع المحتاج إليه عادةً المعتبر شرعًا، فما زاد عليه لا يحتاج إليه عادةً فلا يعتبر شرعًا؛ إذ لا حكم للنادر، وفي اعتبار إرضاع الكبير انتهاك حرمة المرأة بارتضاع الأجنبي منها؛ لاطلاعه على عورتها، ولو بالتقامه ثديها.

قلت: وهذا الأخير على الغالب، وعلى مذهب من يشترط التقام الثدي، وقد تقدم قبل خمسة أبواب أن عائشة كانت لا تفرق في حكم الرضاع بين حال الصغر والكبر، وقد استشكل ذلك مع كون=

=هذا الحديث من روايتها، واحتجت هي بقصة سالم مولى أبي حذيفة، فلعلها فهمت من قوله: «إنما الرضاعة من المجاعة» اعتبار مقدار ما يسد الجوعة من لبن المرضعة لمن يرتضع منها، وذلك أعم من أن يكون المرتضع صغيرًا أو كبيرًا، فلا يكون الحديث نصًّا في منع اعتبار رضاع الكبير، وحديث ابن عباس مع تقدير ثبوته ليس نصًّا في ذلك، ولا حديث أم سلمة؛ لجواز أن يكون المراد أن الرضاع بعد الفطام ممنوع، ثم لو وقع رتب عليه حكم التحريم، فما في الأحاديث المذكورة ما يدفع هذا الاحتمال، فلهذا عملت عائشة بذلك.

وحكاه النووي تبعًا لابن الصباغ وغيره عن داود، وفيه نظر، وكذا نقل القرطبي عن داود أن رضاع الكبير يفيد رفع الاحتجاب منه، ومال إلى هذا القول ابن المواز من المالكية، وفي نسبة ذلك لداود نظر، فإن ابن حزم ذكر عن داود أنه مع الجمهور، وكذا نقل غيره من أهل الظاهر، وهم أخبر بمذهب صاحبهم، وإنما الذي نصر مذهب عائشة هذا وبالغ في ذلك هو ابن حزم، ونقله عن علي، وهو من رواية الحارث الأعور عنه، ولذلك ضعفه ابن عبد البر.

وقال عبد الرزاق عن ابن جريج: قال رجل لعطاء: إن امرأة سقتني من لبنها بعدما كبرت، أفأنكحها؟ قال: لا، قال ابن جريج: فقلت له: هذا رأيك؟ قال: نعم، كانت عائشة تأمر بذلك بنات أخيها. وهو قول الليث بن سعد.

وقال ابن عبد البر: لم يختلف عنه في ذلك، قلت: وذكر الطبري في «تهذيب الآثار» في مسند علي هذه المسألة، وساق بإسناده الصحيح عن حفصة مثل قول عائشة، وهو مما يخص به عموم قول أم سلمة: أبى سائر أزواج النبي ﷺ أن يُدخِلْن عليهن بتلك الرضاعة أحدًا. أخرجه مسلم وغيره، ونقله الطبري أيضًا عن عبد الله بن الزبير والقاسم بن محمد وعروة في آخرين، وفيه تعقب على القرطبي حيث خص الجواز بعد عائشة بداود.

وذهب الجمهور إلى اعتبار الصغر في الرضاع المحرم، وقد تقدم ضبطه، وأجابوا عن قصة سالم بأجوبة، منها: أنه حكم منسوخ، وبه جزم المحب الطبري في «أحكامه»، وقرره بعضهم بأن قصة سالم كانت في أوائل الهجرة، والأحاديث الدالة على اعتبار الحولين من رواية أحداث الصحابة، فدل على تأخرها. =

ولنا: أنه نُسِخ بقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الرَّضاعُ ما أنبت اللَّحمَ، وأنشر العظمَ»(١).

ولأن الحُرمةَ بالرَّضاع باعتِبار مَعنى الجُزئيّةِ، وذا إنما يَتحقّقُ في حالٍ يُنبِتُ اللَّحمَ، ويُنشِزُ العظمَ، وإنما يَكونُ ذلك في حالة الصِّغَرِ؛ لأن الصَّغيرَ لا يَتغذّى بغَيره، بخِلاف الكَبيرِ.

= وهو مستند ضعيف؛ إذ لا يلزم من تأخر إسلام الراوي ولا صغره ألَّا يكون ما رواه متقدمًا، وأيضًا ففي سياق قصة سالم ما يشعر بسبق الحكم باعتبار الحولين؛ لقول امرأة أبي حذيفة في بعض طرقه حيث قال لها النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «أرضعيه»، قالت: وكيف أرضعه وهو رجل كبير؟ فتبسم رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ وقال: «قد علمت أنه رجل كبير»، وفي رواية لمسلم قالت: إنه ذو لحية، قال: «أرضعيه». وهذا يفسر بأنها كانت تعرف أن الصغر معتبر في الرضاع المحرم.

ومنها: دعوى الخصوصية بسالم وامرأة أبي حذيفة، والأصل فيه قول أم سلمة وأزواج النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: ما نرى هذا إلا رخصة أرخصها رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ لسالم خاصة. وقرره ابن الصباغ وغيره بأن أصل قصة سالم ما كان وقع من التبني الذي أدى إلى اختلاط سالم بسهلة، فلما نزل الاحتجاب ومنعوا من التبني شق ذلك على سهلة، فوقع الترخيص لها في ذلك لرفع ما حصل لها من المشقة.

وهذا فيه نظر؛ لأنه يقتضي إلحاق من يساوي سهلة في المشقة والاحتجاجَ بها، فتُنفى الخصوصية، ويثبت مذهب المخالف، لكن يفيد الاحتجاج.

وقرّره آخرون بأن الأصل أن الرضاع لا يحرم، فلما ثبت ذلك في الصغر خولف الأصل له، وبقي ما عداه على الأصل، وقصة سالم واقعةُ عينٍ يطرقها احتمال الخصوصية، فيجب الوقوف عن الاحتجاج بها.

ورأيت بخط تاج الدين السبكي: أنه رأى في تصنيف لمحمد بن خليل الأندلسي في هذه المسألة أنه توقف في أن عائشة وإن صح عنها الفتيا بذلك لكن لم يقع منها إدخال أحد من الأجانب بتلك الرضاعة، قال تاج الدين: ظاهر الأحاديث ترد عليه، وليس عندي فيه قول جازم، لا من قطع ولا من ظنٍّ غالب، كذا قال، وفيه غفلة عما ثبت عند أبي داود في هذه القصة، فكانت عائشة تأمر بنات إخوتها وبنات أخواتها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها ويراها وإن كان كبيرًا.. خمس رضعات، ثم يدخل عليها، وإسناده صحيح، وهو صريح، فأي ظن غالب وراء هذا؟! والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) تقدم تخريجه.

ولا يُعتبَرُ الفِطامُ قبلَ الْمُدّةِ، حتى لو فُطِم الصَّبيُّ قبلَ الحَولَين، ثم أُرضِع في مُدّة الرَّضاعِ -أَعني: ثَلاثين شهرًا عندَه، وحَولَين عندَهما-: فالظّاهرُ من مَذهَبهما -وهو قولُ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ- أنه تَثبُتُ به الحُرمةُ؛ لوُجود الإرضاعِ في الْمُدّة، وصار الفِطامُ قبلَ الْمُدّةِ كالرَّضاع بعدَ الْمُدّةِ.

ورَوى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: هذا إذا لم يَتعوَّد الصَّبيُّ الطَّعامَ، حتى لا يَكتَفي به بعدَ هذا الفِطامِ، فأما إذا صار بحيث يَكتَفي بالطَّعام: لا تَثبُتُ الحُرمةُ برَضاعه بعدَ ذلك؛ لأنه إذا صار بحيث يَكتَفي بالطَّعام فاللَّبَنُ بعدَه لا يُغذِّيه، فلا يَحصُلُ مَعنى النُّشوءِ.

ولا يُباحُ الإرضاعُ بعدَ الْمُدّةِ؛ لأن الأصلَ فيه الحُرمةُ؛ لكَونه جُزءَ الآدميِّ، والانتِفاعُ به حَرامٌ، وإنما أُبيح للضَّرورة[1]، فيتقدَّرُ بقَدْرها.

والرّابعُ: أنه استُثنِي من قَوله: «يَحرُمُ بالرَّضاع ما يَحرُمُ بالنَّسَب»[2] صُورتان..

إحداهما: أنه يَجوزُ أن يَتزوَّجَ أُمَّ أُختِه من الرَّضاع، ولا يَجوزُ أن يَتزوَّجَ أُمَّ أُختِه من النَّسَب؛ لأنه في النَّسَب إن كانَت أُختًا لأبٍ وأُمٍّ، أو لأُمٍّ.. فأُمُّ الأُختِ[3] أُمُّه، وإن كانَت أُختًا لأبٍ فأُمُّ الأُختِ[4] مَوطوءةُ أبيه، وهذا الْمَعنى مَعدومٌ في الرَّضاع.

والثّانيةُ: أنه يَجوزُ[5] أن يَتزوَّجَ أُختَ ابنِه[6] من الرَّضاع، ولا يَجوزُ ذلك من النَّسَب؛

---

(١) تقدم الكلام عن المسألة وأدلتها قريبًا.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (أ) و(ب) و(و): الأخ، وفي نسخة: الأخت.

(٤) في (أ) و(ب) و(د) و(و): الأخ.

(٥) في (و): لا يجوز.

(٦) في (هـ): أبيه.

لأن أُختَ ابنِه[1] من النَّسب إن كانَت منه، بأن كانا من أبٍ وأُمٍّ، أو من أبٍ: فهي بِنتُه، وإن لم تكن منه، بأن كانا من أُمٍّ: فهي ربيبتُه، والرَّبيبةُ تَحرُمُ بالدُّخول.

ولم يُوجَد هذا الْمَعنى في الرَّضاع؛ لأن بِنتَ الْمُرضِعةِ أُختُ ابنِه لأُمٍّ، فلا تكونُ بِنتًا له؛ لأن لبَنَ الْمُرضِعةِ ما كان منه، ولم يَدخُل بالْمُرضِعة حتى يَصيرَ مُتزوِّجًا بِنتَ امرأةٍ دَخَل بها.

حتى لو لم يُوجَد أحدُ هذين الْمَعنيَين في النَّسب، بأن كانَت أمةٌ بينَ شَريكَين، فجاءَت بولَدٍ فادَّعياه، حتى ثَبَت النَّسبُ منهما، ولكلِّ واحِدٍ منهما بِنتٌ من امرأةٍ أُخرى: جاز لكلِّ واحِدٍ من الْمَوليَين أن يَتزوَّجَ بِبنت شَريكِه، وإن كان كلُّ واحِدٍ من الْمَوليَين مُتزوِّجًا بأُخت ابنِه من النَّسب.

لأنه لم يُوجَد في بِنت شَريكِه أحدُ هذين الْمَعنيَين؛ إذ بِنتُ شَريكِه ليست بِبنتٍ له، ولا بِبنت امرأةٍ دَخَل بها.

وامرَأةُ أبِيه أو ابنِه رَضاعًا تَحرُمُ كما تَحرُمُ من النَّسب؛ لما رَوَينا.

والْمُرادُ به: امرَأةٌ تَزوَّج بها زوجُ الْمُرضِعةِ ثم فارَقها؛ فإنه لا يَحِلُّ لوَلَده أن يَتزوَّجَها؛ لأن الْمُرضِعَة مُحرَّمةٌ بالنَّصّ، وقد مرَّ في أوَّل النِّكاحِ.

زوجُ مُرضِعةٍ لَبَنُها منه: أبٌ[ف] للرَّضيع، وابنُه أخٌ، وبِنتُه أُختٌ، وأخُوه عمٌّ، وأُختُه عمّةٌ.

لبَنُ الفحلِ يَتعلَّقُ به التَّحريمُ، وهو: أن تُرضِعَ الْمَرأةُ صبيةً، فتَحرُمَ هذه الصَّبيَّةُ على زَوجها وآبائِه وأبنائِه، ويَصيرُ الزَّوجُ الذي نَزَل منه اللَّبَنُ أبًا للمُرضِعة، وأُمُّه جدّةً، وابنُه أخًا، وبِنتُه أُختًا، وأخُوه عمًّا، وأُختُه عمّةً، حتى لو كان لرَجُلٍ امرأتان ووَلَدتا منه،

(١) في (هـ): أبيه.

فأرضَعت كلُّ واحِدةٍ منهما صَغيرًا: صارا أخوَين لأبٍ.

وإن كان أحَدُهما أُنثى لا يَحِلُّ النِّكاحُ بينَهما، وإن كانا أُنثيَين لا يَحِلُّ الجمعُ بينَهما؛ لأنهما أُختان لأبٍ.

وإن كان لرَجُلٍ امرَأةٌ واحِدةٌ، فوَلَدت منه، فأرضَعت صَبِيَّين: صارا أخوَين لأبٍ وأُمٍّ.

ولا[١] تَحِلُّ لهذا الْمُرضَعِ امرَأةٌ وَطِئها الزَّوجُ، ولا للزَّوج امرَأةٌ وَطِئها الْمُرضَعُ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لبَنُ الفحلِ لا يُحَرِّمُ؛ لأن الحُرمةَ لا تثبُتُ في حقِّه بإِرضاعه، بأن نَزَل له لبَنٌ، فلأَن لا تَثبُتَ بإِرضاع زَوجتِه أَولى.

ولأن الحُرمةَ إنما تَثبُتُ باعتِبار شُبهةِ البَعضيّةِ باعتِبار النُّشوءِ والنَّماءِ باللَّبَن، لا بحَقيقة البَعضيّةِ؛ فإن حَقيقةَ البَعضيّةِ تَتحقَّقُ بالماء، واللَّبَنُ بعضُها لا بعضُه، فلو اعتُبِر لكان شُبهةَ الشُّبهةِ، وهي غيرُ مُعتبَرةٍ.

ولنا قولُه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «يَحرُمُ من الرَّضاع ما يَحرُمُ من النَّسَب»[٢].

فقد ألحَقه بالنَّسَب في التَّحريم، والحُرمةُ في النَّسَب تَثبُتُ من الجانِبَين، فكذا في الرَّضاع، ويَصيرُ هو أبًا له كما صارَت أُمًّا له.

فإن قِيل: الولَدُ ثَمَّ[٣] من الماءَين، فتَثبُتُ الحُرمةُ من الجانِبَين، وهنا الجُزئيّةُ إنما تَثبُتُ باللَّبَن، وهو منها لا منه، ولهذا يَتحقَّقُ نُزولُ اللَّبَنِ من البِكر.

قُلنا: اللَّبَنُ منه أيضًا؛ لأن سببَه الوِلادةُ، وهي بالإحبال، وهو منه، فتَثبُتُ الحُرمةُ

---

(١) في (أ): فلا.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (ز): تم.

منهما، كما في النَّسب.

ونُزولُ اللَّبَنِ بلا إصابةٍ نادِرٌ، ولا عِبرةَ به.

وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إن الرَّضاعةَ تُحرِّمُ ما تُحرِّمُ الوِلادةُ»(١).

وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لعائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «لِيَلِجْ عليكِ أفلَحُ؛ فإنه عمُّك من الرَّضاعة»(٢)، والعُّم من الرَّضاع لا يَكونُ إلا من لَبَن الفحلِ.

ولأن سببَ نُزولِ اللَّبَنِ إنما هو الفحلُ، وإقامةُ الأسبابِ مُقامَ الْمُسبَّباتِ -خُصوصًا في باب الحُرُماتِ(٣)- أمرٌ شائعٌ، كما أقَمنا المسَّ عن شَهوةٍ مُقامَ الوطءِ في باب حُرمةِ الْمُصاهَرةِ وغيرِ ذلك.

وتَحِلُّ أُختُ أخِيه رَضاعًا ونَسَبًا.

وتَحِلُّ أُختُ أخِيه رَضاعًا، كما تَحِلُّ نسَبًا، مِثلُ الأخِ لأبٍ إذا كانَت له أُختٌ من

---

(١) رواه البخاري (٢٦٤٦)، ومسلم (١٤٤٤).

(٢) روى البخاري (٥٢٣٩)، ومسلم (١٤٤٥) واللفظ للأول: عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها قالت: جاء عمي من الرضاعة، فاستأذن علي، فأبيت أن آذن له حتى أسأل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجاء رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسألته عن ذلك، فقال: «إنه عمك، فأذني له»، قالت: فقلت: يا رسول الله! إنما أرضعتني المرأة، ولم يرضعني الرجل، قالت: فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنه عمك، فليلج عليك»، قالت عائشة: وذلك بعد أن ضرب علينا الحجاب، قالت عائشة: يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.

ولم تقع تسمية العم هنا، ووقعت في رواية أبي داود (٢٠٥٧) عن عائشة قالت: دخل علي أفلح بن أبي القعيس، فاستترت منه، قال: تستترين مني وأنا عمك؟ قالت: قلت: من أين؟ قال: أرضعتك امرأة أخي، قالت: إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل، فدخل علي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فحدثته فقال: «إنه عمك فليلج عليك».

(٣) في (ز): المحرمات.

أُمَّه: حَلَّ لأَخِيه[1] من أَبِيه أن يَتزوَّجها[2].

ولا حِلَّ بينَ رَضيعَي ثَدْيٍ، وبينَ مُرضَعةٍ وولَدِ مُرضِعتِها، وولَدِ وَلَدِها.

ولا حِلَّ بينَ رَضيعَي ثديٍ، **والأصلُ**: أن كلَّ صَبِيَّين اجتَمَعا على ثديٍ واحِدٍ لم يَجُز لأحَدهما أن يَتزوَّجَ الأُخرى؛ لأن أُمَّهما واحِدةٌ، فهما أَخٌ وأُختٌ.

ولا بينَ مُرضَعةٍ وولَدِ مُرضِعتِها، أي إذا أرضَعت الْمَرأةُ صَبِيًّا حَرُم عليه أولادُها، مَن تَقدَّم ومن تَأخَّر؛ لأنهن أخَواتُه.

وكذا ولَدُ ولَدِها[3]؛ اعتِبارًا بالنَّسَب؛ لأنه ولَدُ أُختِها.

وخَلْطُ لَبَنِها بطَعامٍ: لا يُحرِّمُ(س م).

وإذا اختَلَط اللَّبَنُ بالطَّعام.. فإن كانَت النّارُ قد مَسَّت اللَّبَنَ، وأنضَجت الطَّعامَ حتى تَغيَّر: فلا يُحرِّمُ، سَواءٌ كان اللَّبَنُ غالِبًا أو مَغلوبًا؛ لأن النّارَ غَيَّرته، وعُدِم مَعنى التَّغذِّي باللَّبَن وإنباتِ اللَّحمِ وإنشازِ العظمِ به.

وإن كانَت النّارُ لم تَمسَّه.. فإن كان الطَّعامُ غالِبًا: لا تَثبُتُ به الحُرمةُ أيضًا؛ لأن الْمَغلوبَ كالْمَعدوم.

ولأن هذا أكلٌ، والْمُوجِبُ للحُرمة شُربُ اللَّبَنِ دونَ أكلِ الطَّعامِ.

وإن كان اللَّبَنُ غالِبًا.. فكذلك عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا تَثبُتُ به الحُرمةُ.

---

(١) في (هـ): لأخته.

(٢) في (د) زيادة من حاشية مصححة: صورته: رجل له ابن، وامرأة لها بنت، فزوج الرجل المرأة فولدت ولدًا، فهذا الولد بالنسبة إلى ابن الزوج أخ لأب، وإلى بنت المرأة أخت لأم، فيكون بنت المرأة بالنسبة إلى ابن الزوج أخت أخيه في النسب، فيجوز أن يتزوجها.

(٣) في (ج): وكذا ولدها.

وعندَهما: تَثبُتُ به الحُرمةُ؛ لأن الحُكمَ للغالِب، كما في الماء، والغالِبُ هو اللَّبَنُ، ولم يُغيِّره شيءٌ عن حاله.

وله: أن هذا اللَّبَنَ صار تبَعًا للطَّعام وإن كان غالِبًا عليه؛ لأن الجامِدَ أشدُّ استِمساكًا من المائع، فإذا خُلِط المائعُ بالجامِد صار المائعُ تبَعًا له؛ لأن غيرَ المائعِ يَستتبعُ المائعَ، ولهذا يَأكُلُه ولا يَشرَبُه، فخَرَج من أن يَكونَ مَشروبًا باختِلاطه به.

بخِلاف ما إذا خُلِط بالماء؛ فإنه ما[1] صار تبَعًا له.

وبخِلاف ما إذا خُلِط بالدَّواء؛ لأن اللَّبَنَ يَبقى مَقصودًا فيه؛ لأنه إنما يُجعَلُ في الدَّواء ليَصِلَ بقُوّة الدَّواءِ إلى ما لا يَصِلُ إليه وحدَه، حتى قالُوا: لو كان الطَّعامُ قَليلًا، وبَقِي اللَّبَنُ مَشروبًا: تَثبُتُ به حُرمةُ الرَّضاعِ.

وقِيل: هذا إذا كان لا يَتقاطَرُ اللَّبَنُ من الطَّعام عندَ حملِ اللُّقمةِ، فأما إذا كان يَتقاطَرُ منه اللَّبَنُ: فتَثبُتُ به الحُرمةُ عندَه؛ لأن[2] القَطرةَ من اللَّبَن إذا دَخَلت حلْقَ الصَّبيِّ تكفي لثُبوت الحُرمةِ.

والأصحُّ: أنها لا تَثبُتُ بكلِّ حالٍ عندَه؛ لأن التَّغذِّيَ كان بالطَّعام دونَ اللَّبَنِ.

وبماءٍ، ودَواءٍ، ولَبَنِ شاةٍ، وامرَأةٍ(م ز) أُخرى: يُعتبَرُ الغالِبُ(ف).

ولو خُلِط لبَنُ الْمَرأةِ بالماء، أو بالدَّواء، أو بلَبَن البَهيمةِ: فالعِبرةُ للغالِب.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا جُعِل في حُبٍّ[3] من الماء قَدْرَ ما يَحصُلُ به خمسُ رَضعاتٍ من اللَّبَن، فشَرِبه صَبيٌّ: تَثبُتُ به الحُرمةُ؛ لأنه مَوجودٌ فيه حَقيقةً، وذلك القَدْرُ

(١) سقطت من (د).

(٢) في (ز): ولأن.

(٣) في (ز): جزء، وفي (و): جب.

لو وَصَل بنفسه يَثبُتُ به التَّحريمُ، فكذا إذا كان مع غيرِه.

ولنا: أن المَغلوبَ لا يَظهَرُ حُكمُه في مُقابَلة الغالبِ، كما في اليَمين، فإنه لو حَلَف أن لا يَشرَبَ اللَّبنَ، فشَرِب لبنًا مَغلوبًا بالماء: لا يَحنَثُ.

ولو خُلِط لبنُ امرأتين: تعلَّق التَّحريمُ بأغلَبهما عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسف رَحِمَهُمَااللَّهُ؛ لأن المَغلوبَ لا يَظهَرُ حُكمُه.

وعندَ محمدٍ وزفرَ رَحِمَهُمَااللَّهُ: يَثبُتُ التَّحريمُ بهما؛ لأن الشَّيءَ لا يَصيرُ مُستهلَكًا في جِنسه؛ لاتِّحاد المَقصودِ.

وهذا لأن الكَثيرَ إذا كان مُجانِسًا للقَليل لا يَنتَفي به القَليلُ، بل يَتقوّى به؛ لأن الشَّيءَ إنما يَنتَفي بوُجود ما يُنافِيه، والجِنسُ لا يُنافِي الجِنسَ، وإذا لم يَنتفِ القَليلُ تعلَّق به التَّحريمُ؛ لصُدور الرَّضاعِ من صاحِبة القَليلِ صُورةً ومَعنًى.

بخِلاف الخلطِ بخِلاف الجِنسِ؛ لأن الغالِبَ يُخالِفُ[1] المَغلوبَ، فيَنتَفي المَغلوبُ، ويَصيرُ مُستهلَكًا؛ لقِلّته.

وأصلُ المَسألةِ: فيما إذا حَلَف أن لا يَشرَبَ من لَبَن هذه البقرةِ، فخُلِط لبنُها بلَبَن بقرةٍ أخرى، فشَرِبه: فهو على هذا الخِلافِ.

لَبَنُ البِكرِ والمَيْتةِ(ف): مُحرِّمٌ.

لبَنُ البِكرِ مُحرِّمٌ؛ لإطلاق النُّصوصِ[2].

ولأن المُحرِّمَ شُبهةُ الجُزئيّةِ بينَهما، ولبَنُها يُغذّي الرَّضيعَ، فتَثبُتُ به شُبهةُ الجُزئيّةِ.

---

(١) في (د): لا يخالف.

(٢) أي المحرمة بالرضاع.

وكذا لبَنُ الميْتةِ مُحرِّمٌ، وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُحرِّمُ؛ لأن الأصلَ في ثُبوت الحُرمةِ الْمُرضِعةُ، وإنما يَثبُتُ الحُكمُ في غَيرها بواسِطتها، وهي قد التَحقت بالجَمادات فيما يَرجِعُ إلى أَحكام الدُّنيا؛ ألا تَرى أنَّ وطْأَها لا يُوجِبُ حُرمةَ الْمُصاهَرةِ عندَكم.

وإذا لم يَثبُت الحُكمُ في حقِّها لم يَثبُت في حقِّ غيرِها.

وهذا بخِلاف ما إذا حُلِب قبلَ الموتِ، فشَرِبه بعدَ الموتِ؛ فإنه تَثبُتُ الحُرمةُ؛ لأن اللَّبَنَ كان محَلًّا قابِلًا للحُكم عندَ حُدوثِه، فتَعلَّق الحُكمُ به، ولم يَبطُل ذلك بمَوت من انفَصَل منه.

أما إذا انفَصَل بعدَ الموتِ: فلم يَحدُث اللَّبَنُ على وجهٍ يَتعلَّقُ به الحُكمُ، فصار كلَبَن البَهيمةِ إذا ارتَضَع صَبِيّان منه.

ولنا: أن اللَّبَنَ إنما صار مُوجِبًا للحُرمة لِمَعنًى[1] قائِمٍ به، وهو كونُه سبَبًا للنُّشوء والنَّماءِ لتَحصُلَ به الجُزئيّةُ[2]، وهذا الْمَعنى لم يَبطُل بالْمَوت.

وهذه الحُرمةُ تَظهَرُ في الميْتة، بأن كانَت الْمُرضَعةُ ذاتَ زوجٍ، فإن زوجَها يَصيرُ مَحرَمًا للمَيْتة، ويَظهَرُ أثَرُه في الدَّفن والتَّيمُّمِ[3].

ولا نُسلِّمُ أنها التَحقت بالجَمادات فيما يَرجِعُ إلى الكَرامات.

والوطءُ إنما يُوجِبُ حُرمةَ الْمُصاهَرةِ باعتِبار مَعنى الجُزئيّةِ، حتى لو وَطِئ صَغيرةً لا تُشتهى لا تَثبُتُ حُرمةُ الْمُصاهَرةِ.

والوطءُ بعدَ الموتِ لا يَكونُ سببًا للجُزئيّة؛ لأنه لم يُلاقِ محَلَّ الحرثِ؛ لبُطلانه

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): بمعنى.

(٢) في (ب): الحرمة.

(٣) في (ج) و(ز): والتتميم.

بالموت، فإذا لم يبقَ معنى الفِعلِ لم تُعتبَر الصُورةُ بدُونه.

أما اللَّبنُ: فمَعناه لم يَتغيَّر بموت الأصلِ، فبَقِي الحُكمُ على ما كان.

وقِيل: هذه المَسألةُ بِناءً على أن الفِعلَ الحَرامَ لا يَصلُحُ سببًا للكَرامة عندَه، كالوَطء الحَرامِ لا يُوجِبُ حُرمةَ المُصاهَرةِ عندَه، وعندَنا: يَصلُحُ سببًا باعتِبار أنه سببٌ للجُزئيَة[1]، لا باعتِبار أنه حَرامٌ، فكذا هنا.

إيجارُ لبَنِ الميْتةِ حَرامٌ، فلا تَثبُتُ به الحُرمةُ[2] عندَه.

وعندَنا: ثُبوتُ الحُرمةِ باعتِبار أنه مُغذٍّ للصَّبيّ، لا باعتِبار أنه حَرامٌ، وكما يَحصُلُ الرَّضاعُ بالمَصِّ من الثَّدي.. يَحصُلُ بالصَّبِّ والسُّعوطِ والوُجورِ.

لا احتِقانُه(م)[3].

ولا يَحصُلُ بالإقطار في الإحليل والأُذُنِ والجائِفةِ، والاحتِقانِ.

وعن[4] محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الاحتِقانَ مُحرِّمٌ؛ لأنه يَصِلُ إلى الجَوف، ولهذا يَفسُدُ به الصَّومُ.

---

(١) في (ب): للحرمة، وفي (ج) و(هـ): الجزئية.

(٢) في (ج): الجزئية.

(٣) حقنت الماء في السِّقاء حَقْنًا: من باب قتل: جمعته فيه، وحقنت دمه: خلاف هدرته، كأنك جمعته في صاحبه فلم ترقه، وحقن الرجل بوله: حبسه وجمعه، فهو حاقن، قال ابن فارس: ويقال لما جمع من لبن وشُد حَقِين، ولذلك سمي حابس البول حاقنًا.

وحقنت المريض: إذا أوصلت الدواء إلى باطنه من مخرجه، بالمِحقنة بالكسر، واحتقن هو، والاسم الحُقنة مثل: الفُرقة من الافتراق، ثم أطلقت على ما يُتداوى به، والجمع حُقن مثل: غرفة وغرف. «المصباح» ١/ ١٤٤. قلت: والأخير هو المقصود هنا.

(٤) في (ج) و(هـ): وعند.

ولنا: أن الْمُوجِبَ للحُرمة ليس عَينَ الوُصولِ إلى الجَوف، بل حُصولُ مَعنى الغِذاءِ؛ لتَثبُتَ به شُبهةُ البَعضيّةِ، وذا إنما يَحصُلُ من الأَعالي إلى الأسافِلِ[1]؛ ليَصِلَ إلى الْمَعِدة، لا من الأسافِلِ؛ لأنه لا يَصِلُ إليها.

بخِلاف الصَّومِ؛ لأن الْمُفسِدَ فيه إصلاحُ البدَنِ، وذا يُوجَدُ في الدَّواء.

ولَبَنُ الرَّجُلِ والشّاةِ.

ولبَنُ الرَّجُلِ لا يُحرِّمُ؛ لأنه ليس بلبَنٍ حَقيقةً؛ لأنه إنما يُتصوَّرُ ممن تُتصوَّرُ منه الوِلادةُ، فلا يَثبُتُ به إنباتُ اللَّحمِ، وإنشازُ العظمِ.

ولو شَرِب صَبِيّان من بَهيمةٍ لم يَتعلَّق به التَّحريمُ؛ لأن الحُرمةَ إنما تَثبُتُ بطَريق الكَرامةِ.

وذا يَختَصُّ بلَبَن الآدميّةِ دونَ البَهيمةِ، وشُبهةُ الجُزئيّةِ لا تَثبُتُ بينَ الآدميِّ والبَهيمةِ بشُرب لبَنِها، فكذا بينَ الآدميِّين بشُرب لبَنِها.

وكان محمدُ بنُ إسماعيلَ[2] صاحِبُ الحَديثِ رَحِمَهُ اللَّهُ يُفتي بثُبوت الحُرمةِ به، وأُخرِج من بُخارى بسَببه[3].

---

(١) قوله: (إلى الأسافل) مثبت من (ز).

(٢) أي أبو عبد الله البخاري الإمام.

(٣) هذه القصة وأمثالها عن المحدثين لا تصح، وجَلَّ مقام الإمام البخاري المجتهد أن يخفى عليه مثل هذا الحكم لهكذا مسألة، وهو صيدلاني الفقهاء الذين إن أرادوا أن يرفعوا رؤوسهم بالدليل نسبوه إليه، وقد سئل مولانا شيخ الإسلام عبد الله سراج الدين رضي الله تعالى عنه عن هذه القصة فنصح السائل بأن لا يصدق أمثالها، وأن يجل مقام الإمام البخاري عنها، ومعروف الخصام القديم بين الفقهاء والمحدثين، رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَىٰ أجمعين، وجزاهم خيرًا عن الإسلام والمسلمين.

والفِقهُ فيه: أن الأُختيّةَ لا تكونُ إلا بعدَ الأُمِّيّةِ[1]، والبَهيمةُ لا يُتصوَّرُ أن تكونَ أُمًّا للآدميِّ وِلادًا، فكذا رَضاعًا.

بخِلاف ما لو حَصَل الرَّضاعُ من الْمَرأة؛ لأن الأُمِّيَّةَ هنا تُتصوَّرُ وِلادًا، فكذا رَضاعًا[2].

أرضَعت ضَرّتَها[3]: حَرُمتا، ولا مهرَ للكَبيرة إن لم يَطَأها، وللصَّغيرة نِصفُه، ورَجَع على الكَبيرة إن تعمَّدت الفَسادَ، وإلا لا(م ف).

أرضَعت امرأةٌ ضَرّتَها: حَرُمتا على الزَّوج؛ لأنه صار جامِعًا بينَ الأُمِّ والبِنتِ رَضاعًا، فصار كالجَمع بينَهما نسَبًا.

ثم إن لم يَدخُل بالكَبيرة، فلا مهرَ لها؛ لأن الفُرقةَ حَصَلت من جِهَتها قبلَ الدُّخولِ بها، فصارَت كرِدّتها قبلَ الدُّخولِ بها.

وللصَّغيرة نِصفُ المهرِ؛ لأن الفُرقةَ حَصَلت قبلَ الدُّخولِ لا من جِهَتها.

فإن قِيل: الارتِضاعُ فِعلُها، والفُرقةُ باعتِباره.

قُلنا: نعم! لكن فِعلُها غيرُ مُعتبَرٍ في إسقاط حقِّها؛ لأن المهرَ إنما يَسقُطُ جَزاءً على الفِعل، والصَّغيرةُ ليست من أَهل الْمُجازاةِ على الفِعل، فلا يَسقُطُ مهرُها.

ألا تَرى أنه لا تَجِبُ الكَفّارةُ، ولا تُحرَمُ عن الإرث بالقَتل، حتى لو وُجِد في البالِغة

(١) في (ز): الآدمية.

(٢) في (ز): إرضاعًا.

(٣) ضرّة المرأة: امرأة زوجها، والجمع ضَرّات، على القياس، وسمع ضرائر، وكأنها جمع ضريرة، مثل كريمة وكرائم، ولا يكاد يوجد لها نظير، ورجل مُضِرّ: ذو ضرائر، وامرأة مُضِرٌّ أيضًا: لها ضرائر، وهو اسم فاعل من أضرّ إذا تزوج على ضَرّة. «المصباح» ٢/ ٣٦٠.

ما يَمنَعُ الْمُجازاةَ لا يَسقُطُ مهرُها، بأن كانَت مُكرَهةً.

ويَرجِعُ به الزَّوجُ على الكَبيرة إن تَعمَّدت الفَسادَ، وإن لم تَتعمَّد فلا شيءَ عليها، وإن عَلِمت بأن الصَّغيرةَ امرَأتُه.

وعن محمدٍ والشافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أنه يَرجِعُ في الوَجهَين؛ لأنها أكَّدت ما كان على شَرَف السُّقوطِ، وهو نِصفُ المهرِ، وذا جارٍ مَجرى الإتلافِ، كشُهود الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ إذا رَجَعوا.

ولنا: أنها مُسبِّبةٌ لهذه الفُرقةِ لا مُباشِرةٌ، فإنها باشَرت الإرضاعَ، وهو ليس بمَوضوعٍ لإفساد النِّكاحِ، بل هو سببٌ موضوعٌ للجُزئيّة، وإنما ثَبت الفَسادُ في هذه الصُّورةِ باتِّفاق الحالِ.

والْمُسبِّبُ إن كان مُتعدِّيًا في تَسبيبه يَضمَنُ، وإن لم يكن مُتعدِّيًا لا يَضمَنُ؛ ألا تَرى أن من حَفَر بِئرًا في مِلكه لم يَضمَن ما وَقَع فيها، وإن حَفَر في الطَّريق فوَقَع فيها إنسانٌ: ضَمِن.

ولو رَمى سهمًا في داره ضَمِن ما أَصابه؛ لأن الْمُباشَرةَ عِلّةٌ وضعًا، فلا يَبطُلُ حُكمُه بالعُذر، والتَّسبيبُ ليس بعِلّةٍ، وإنما جُعِل في حُكم العِلّةِ: صِيانةً للدَّم عن الهَدْر.

وإنما يَستقيمُ إذا صَلَح عِلّةً لضَمان العُدوانِ، والحفرُ ليس بعِلّةٍ للتَّلَف، بل هو شرطٌ في مَعنى العِلّةِ، على مَعنى أنه لولا حفرُه لَما وُقِع فيها؛ إذ الوُقوعُ لا يُتصوَّرُ إلا في مَكانٍ خالٍ عن الأجسام الكَثيفةِ، فهو مُحصِّلُ محَلِّ الوُقوعِ، والثِّقَلُ عِلّةُ السُّقوطِ، وهو عِلّةُ التَّلَفِ، ثم أُضِيف الحُكمُ مع هذا إلى مُحصِّلِ الشَّرطِ.

وهنا الْمُرضِعةُ ليست بصاحِبة[1] عِلّةِ فَسادِ النِّكاحِ؛ لأن فَسادَه بالجُزئيّة، وسبَبُها

(١) في (ب): بصاحب، وفي (هـ): بقاصدة.

الارتِضاعُ، إلا أنه لولا الإرضاعُ[1] لم يُوجَد محَلُّ الارتِضاعِ، فصارَت مُحصِّلةً محَلَّ عِلَّةِ الفَسادِ، فيُضافُ الفَسادُ إليها بوَصف التَّعدِّي.

والإرضاعُ نفسُه ليس بتَعَدٍّ؛ لأنه فَريضةٌ إن خافَت هَلاكَ الصَّغيرةِ، ومَندوبٌ إن كانَت جائِعةً، ومُباحٌ إن لم تَقصِد الفَسادَ، وتَعمُّدُ الفَسادِ إنما يَكونُ إذا أرضعَتْها بلا حاجةٍ وضَرورةٍ، وتَعلَمُ بقِيام النِّكاحِ، وتَعلَمُ أن الإرضاعَ مُفسِدٌ.

فإن فات شيءٌ مما ذَكَرنا لم تكن مُتعمِّدةً، والقولُ في ذلك قولُها؛ لأنه شيءٌ في باطِنها لا يَقِفُ عليه غيرُها، فلا بُدَّ من قَبول قولِها فيه.

فإن قِيل: الجهلُ بحُكم الشَّرعِ لا يُعتبرُ في دار الإسلامِ.

قُلنا: لم نَعتبِر الجهلَ لدَفع الحُكمِ، وإنما اعتبَرناه لدَفع قصدِ الفَسادِ الذي به يَصيرُ الفِعلُ تَعدِّيًا.

ولو أرضَعَتْهما كَبيرةٌ حَرُمتا[ف].

فإن كانَت له امرَأتان رَضيعتان، فأرضعَتْهما أجنَبيّةٌ على التَّعاقُب: حَرُمتا عليه؛ لأنهما صارَتا أُختَين، والجمعُ بينَهما نِكاحًا حَرامٌ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَفسُدُ نِكاحُ الأخيرةِ؛ لأن الأُختيّةَ[2] ثَبَتت بإرضاعها[3]، فتَتحقَّقُ الحُرمةُ في حقِّها.

ويَثبُتُ بما يَثبُتُ[ك] به المالُ.

---

(١) في (ب): الإرتضاع.

(٢) في (هـ): الأجنبية.

(٣) في (و): بإرضاعهما.

ولا يَجوزُ شَهادةُ امرأةٍ واحِدةٍ على الرَّضاع، أجنبيّةً كانَت أو أُمَّ أحدِ الزَّوجَين.

ولا يُفرَّقُ بينَهما بقَولها[1].

ويَسَعُه الْمُقامُ معها حتى يَشهَدَ على ذلك رَجُلان عَدْلان، أو رَجُلٌ وامرأتان كذلك.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَثبُتُ الرَّضاعُ بشَهادة امرأةٍ واحِدةٍ إذا كانَت مُتَّصِفةً بالعَدالة؛ لأن الحُرمةَ من حُقوق الشَّرعِ[2]، فتَثبُتُ بخَبَر الواحِدِ، كسائِر حُقوقِ اللهِ تَعالى.

وهذا كمن اشتَرى لحمًا، فأخبَره مُسلِمٌ أنه ذَبيحةُ مَجوسيٍّ، فإن الحُرمةَ به ثَبَتت، ولا يَحِلُّ تناوُلُه، غيرَ أنه إذا ثَبَتت الحُرمةُ يَثبُتُ زَوالُ مِلكِ النِّكاحِ ضِمنًا، وقد يَجوزُ أن يَثبُتَ الشَّيءُ ضِمنًا وإن كان لا يَثبُتُ قصدًا.

ولنا: أن ثُبوتَ الحُرمةِ لا يَقبَلُ الفصلَ عن زَوال الْمِلكِ في النِّكاح، وإبطالُ الْمِلكِ يَتوقَّفُ على شَهادة شاهِدَين، كما لو شَهِدوا على الطَّلاق؛ وهذا لأن مِلكَ النِّكاحِ مع الرَّضاعِ لا يَجتمِعان، فتكونُ الشَّهادةُ بالرَّضاع شَهادةً بالطَّلاق اقتِضاءً.

بخِلاف مَسألةِ اللَّحمِ؛ لأن حُرمةَ التَّناوُلِ تَقبَلُ الفصلَ عن زَوال الْمِلكِ؛ فإن الخمرَ مَملوكةٌ، ولا يَحِلُّ تناوُلُها، وجِلدُ الميْتةِ مَملوكٌ، وحَرُم الانتِفاعُ به.

وإذا كانَت الشَّهادةُ بحُرمة الأكلِ لا تَتضمَّنُ زَوالَ مِلكِه.. كانَت الشَّهادةُ قائِمةً على مُجرَّد الحُرمةِ، والحُرمةُ حقُّ اللهِ تَعالى، فيُقبَلُ فيها خبَرُ الواحِدِ؛ لأنه أمرٌ دِينيٌّ.

وكذا إذا خَطَب رَجُلٌ امرأةً، فشَهِدت امرأةٌ عَدْلةٌ قبلَ أن يَقَعَ عقدُ النِّكاحِ أنها أرضعَتْهما: فهو في سَعةٍ من تكذيبها، وله أن يَتزوَّجَها، وكذا لو شَهِد معها رَجُلٌ.

وإذا كان الْمُخبِرُ ثِقةً فالأَولى أن يَتنزَّهَ عنه، ولا يَجِبُ عليه ذلك؛ لأنه إن تَرَكَ نِكاحَ

---

(١) في (ب): بقولهما.

(٢) في (ز): حقوق الله تعالى.

امرأةٍ تَحِلُّ له كان خيرًا له من أن يَتزوَّجَ امرأةً لا تَحِلُّ له.

طُلِّقَت لَبونٌ[1]، فنُكِحت، فحَبِلت، فأرضَعت: فهو من الأَوَّل(س م).

امرأةٌ لها لبَنٌ من الزَّوجِ، فطلَّقها، وتزوَّجت بآخرَ، وحَبِلت منه، ونَزَل اللَّبَنُ، فأرضَعت: فهو من الأَوَّل حتى تَلِدَ.

عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فإذا وَلَدت فاللَّبَن يَكونُ بعدَ ذلك من الثّاني.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ في رِوايةٍ: إذا حَبِلت من الثّاني انقَطَع حُكمُ لبَنِ الأَوَّلِ.

وقال محمدُ رَحِمَهُ اللَّهُ: هو منهما؛ لأن احتِمالَ كونِه منهما قائِمٌ، فتَثبُتُ الحُرمةُ منهما، كما إذا خُلِط لبَنُ امرأتَين على أَصله.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الحبَلَ سببٌ لنُزول اللَّبَنِ، فانتَسَخ به حُكمُ الأَوَّلِ.

وقال في رِوايةٍ: إن عُلِم أن هذا اللَّبَنَ من الثّاني كان منه، وإلا فهو من الأَوَّل.

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه[2] كان من الأَوَّل بيقَينٍ، وشَكَكنا[3] في كَونه من الثّاني، فلا يَزولُ اليَقينُ بالشَّكِّ؛ لما عُرِف من أَصله.

قال لزَوجته: (هذه أُختي رَضاعًا)، ورَجَع: صُدِّق(ف)، واللهُ أعلَمُ.

قال لامرَأته: (هذه أُختي رَضاعًا)، أو (أُمِّي)، أو (بِنتي)، ورَجَع عن ذلك بأن قال: (أوهِمتُ)، أو (أخطَأتُ): صُدِّق، ويَبقى النِّكاحُ.

ولو ثَبت عليه: فُرِّق بينَهما.

---

(١) أي امرأة ذات لبن.

(٢) في (هـ): إن.

(٣) في (ب): ولنا شك.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ رُجوعُه؛ لأنه أَقَرَّ بسَبَب الحُرمةِ، فلا يَصِحُّ رُجوعُه؛ إذ الرُّجوعُ عن الإقرار باطِلٌ؛ لأنه في حقِّ الْمُقِرِّ كالبيِّنة، كما لو أَقَرَّ بالطَّلاق ثم رَجَع.

ولنا: أنه أَقَرَّ بما يَجري فيه الغلَطُ، فكان مَعذورًا، فقد يَقَعُ عندَ الرَّجُلِ أن بينَه وبينَ فُلانةٍ رَضاعًا، فيُخبِرُ بذلك، ثم يَتفحَّصُ عن حَقيقة الحالِ فيَتبيَّنُ له أنه غَلِط في ذلك، فإذا أخبَر أنه غَلِط فيه يُقبَلُ قولُه.

وكذا إذا أَقَرَّ[1] أن هذه أُختُه، أو أُمُّه، أو بِنتُه، رَضاعًا، ثم أَراد أن يَتزوَّجها، وقال: (أخطَأتُ)، أو (وَهِمتُ[2])، أو (نَسِيتُ)، وصدَّقَتْه: فهما مُصدَّقان على ذلك، وله أن يَتزوَّجها.

وإن ثَبَت على قَوله وقال: (هو حقٌّ كما قُلتُ)، ثم تَزوَّجها: فُرِّق بينَهما.

وإن أَقَرَّت بذلك، وأنكَره، ثم أكذَبت نفسَها وقالَت[3]: (أخطَأتُ)، وتَزوَّجها: جاز، وكذا إن تَزوَّجها قبلَ أن تُكْذِبَ نفسَها جاز.

ولو أقَرّا جَميعًا بذلك، ثم أَكْذَبا أنفُسَهما وقالا: (أخطَأنا)، ثم تَزوَّجها: جاز.

وكذا في النَّسَب ليس يَلزَمُه إلا ما ثَبَت عليه، حتى لو قال: (هذه أُختي)، أو (أُمِّي)، أو (بِنتي)، وليس لها نسَبٌ مَعروفٌ، ثم قال: (وَهِمتُ[4]): صُدِّق، وإن ثَبَت على ذلك فُرِّق بينَهما، والله أعلمُ.

---

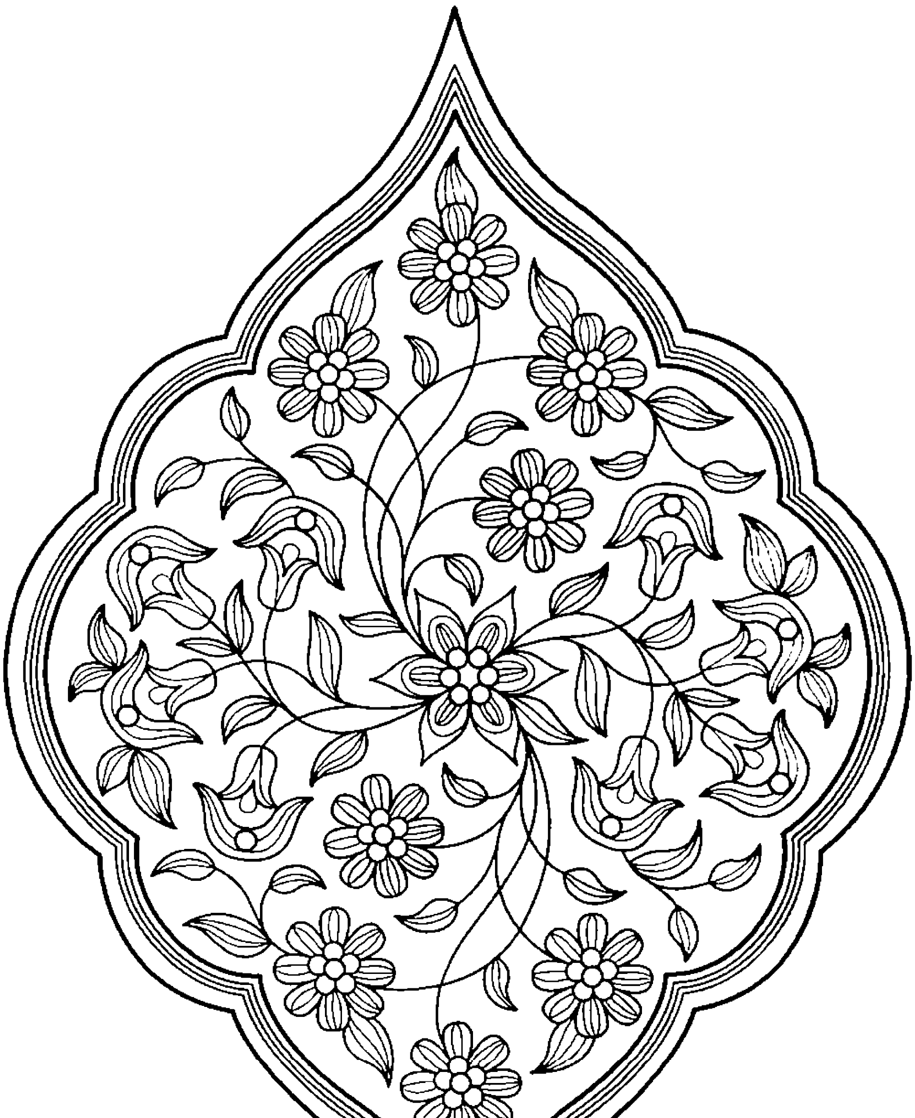
(١) في (هـ): أخبر.

(٢) في (ج) و(ز): أوهمت.

(٣) في (ب): وقال.

(٤) في (ج) و(هـ) و(و): أوهمت.

كِتَابُ الطَّلَاقِ



كِتَابُ الطَّلَاقِ[1]

كِتابُ الطَّلاقِ[2]

الطَّلاقُ: اسمٌ بمَعنى التَّطليقِ، كالسَّلام والسَّراحِ بمَعنى التَّسليمِ والتَّسريحِ، ومنه: قولُه تَعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٩].

ومَصدَرٌ من طَلُقت الْمَرأةُ بالضَّمّ، كالجَمال من جَمُل، وبالفَتح، كالفَساد من فَسَد.

والتَّركيبُ يَدُلُّ على الحَلِّ والانحِلالِ، ومنه: أطلَقتَ الأسيرَ: إذا حَلَلت إسارَه فخَلَّيته، وأطلَقتَ النّاقةَ من العِقال، فطَلَقت بالفَتح، وناقةٌ طالِقٌ: لا قيدَ عليها.

ثم هو تَصرُّفٌ يَعتمِدُ[3] وُجودُه صُدورَ[4] رُكنِه من أَهله مُضافًا إلى محَلٍّ قابِلٍ

---

(١) في (ج): بسم الله الرحمن الرحيم، كتاب الطلاق.

(٢) الطلاق: مصدر طَلُقَت المرأةُ: بانت من زوجها، وأصل الطلاق في اللغة: التخلية، يقال: طلقت الناقة: إذا سرحت حيث شاءت، وحُبِس فلان في السجن طلقًا: إذا كان بغير قيد، وفرس طلق إحدى القوائم، إذا كانت إحدى قوائمها غير محجلة، والإطلاق: الإرسال.

فالطلاق شرعًا: حَلُّ قيد النكاح، وهو راجع إلى معناه لغة؛ لأن مَن حُلّ قيدُ نكاحها فقد خُليت.

ويقال: طَلَقت المرأةُ وطَلُقت -بفتح اللام وضمها- تطلُقُ -بضم اللام وفتحها- طلاقًا وطَلْقَةً، وجمعها: طلقات -بفتح اللام لا غير- فهي طالق، وطَلَّقها زوجها، فهي مطَلّقة. «المطلع» ص٤٠٥.

(٣) في (ب): يعقد.

(٤) في (هـ): على صدور.

لحُكمه، على وجهٍ يَكونُ له وِلايةٌ عليه.

فرُكنُه: قولُه: (أنتِ طالِقٌ) ونحوِه.

وأهلُه: كلُّ عاقِلٍ بالِغٍ.

ومحَلُّه: الْمَنكوحةُ؛ لأنه لإبطال حُكمِ النِّكاحِ.

وحُكمُه: زَوالُ الْمِلكِ عن المحَلِّ عندَ شرطِه.

وهو مَملوكٌ للزَّوجِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطَّلَاق: ١].

ووصفُه: أنه مَحظورٌ نظَرًا إلى الأَصل، ومُباحٌ نظَرًا إلى الحاجة.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: على العَكس، ويَتبيَّنُ هذا في مَسألة الإرسالِ(١).

ثم الطَّلاقُ على نوعَين: سُنِّيٍّ، وبِدعيٍّ.

فالسُّنِّيُّ نَوعان: سُنِّيٌّ من حيث العدَدُ، وسُنِّيٌّ من حيث الوقتُ.

والبِدعيُّ نَوعان: بِدعيٌّ بمَعنًى يَعودُ إلى العَدَد، وبِدعيٌّ بمَعنًى يَعودُ إلى الوَقت.

فالسُّنِّيُّ من حيث العدَدُ نوعان: حسَنٌ، وأحسَنُ.

تَطليقُها واحِدةً في طُهرٍ لا وطءَ فيه: أحسَنُ(٢).

فالأحسَنُ: أن يُطلِّقَ الرَّجُلُ امرَأتَه تَطليقةً واحِدةً في طُهرٍ لم يُجامِعها فيه، ويَترُكَها حتى تَمضيَ(٣) عِدّتُها.

---

(١) أي إرسال الثلاث جملة أو متفرقة في طهر واحد، وسيأتي بعد صفحتين.

(٢) الطلاق الأحسن: هو أن يُطلِّق الرجلُ امرأته تطليقةً واحدةً في طهر لم يجامعها فيه، وتركها حتى تنقضي عدتها. «التعريفات الفقهية» ص١٣٦.

(٣) في (ب): تنقضي.

رُوِي عن إبراهيم: أن أصحابَ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانُوا يَستحِبُّون أن لا يَزِيدوا في الطَّلاق على واحِدةٍ حتى تَمضيَ العِدّةُ، وأن هذا أفضلُ عندَهم من أن يُطلِّقَ الرَّجُلُ امرَأتَه ثلاثًا عندَ كلِّ طُهرٍ تَطليقةً[1].

ولأنه أبعدُ من النَّدامة؛ حيث أَبقى لنَفسه مُكنةَ التَّدارُكِ، بأن يُراجِعَها في العِدّة وبعدَها بتَجديد النِّكاحِ من غَير تَحلُّلِ[2] زوجٍ آخرَ.

وإبقاءُ مُكنةِ التَّدارُكِ مَندوبٌ، قال اللهُ تَعالى: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطَّلاق: ١]، وأقلُّ ضرَرًا بالْمَرأة؛ حيث لم يُبطِل مَحليَّتَها نظَرًا إليه؛ لأن اتِّساعَ المحَلِّيَةِ نِعمةٌ في حقِّهنّ.

ولم يَقُل أحدٌ بكَراهته، بخِلاف الحسَنِ[3]؛ فإن فيه خِلافَ مالِكٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

وثَلاثًا في أطهارٍ: حَسَنٌ[4].

والحسَنُ: أن يُطلِّقَ الْمَدخولَ بها ثَلاثًا في ثَلاثة أطهارٍ.

وقال مالِكٌ: هو بِدعةٌ، ولا يُباحُ إلا واحِدةً؛ لأن الطَّلاقَ مَحظورٌ في الأَصل -لما نُبيِّنُ-، فلا يَجوزُ[5] الإقدامُ عليه إلا لدَفع حاجةِ التَّخلُّصِ عنها بتَبايُن الأخلاقِ، وتَنافرِ الطِّباعِ، وسُوءِ الْمُعاشَرةِ؛ لضَرورة التَّخلُّصِ عنها، وهذا الْمَعنى يَحصُلُ بالواحِدة.

(١) روى ابن أبي شيبة (١٧٧٤٣) عن وكيع عن سفيان عن مغيرة عن إبراهيم النخعي، قال: كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض. انتهى.

(٢) في (أ) و(ز): تخلل.

(٣) أي الطلاق الحسن.

(٤) الطلاق السني والحسن: هو أن يطلق المدخول بها ثلاثًا في ثلاثة أطهار. «التعريفات الفقهية» ص١٣٧.

(٥) في (أ): فلا يكون.

ولنا: ما رُوِي عن رَسول اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال لعمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حينَ طَلَّق ابنُه امرَأتَه في حالةِ الحيضِ: «إن ابنَك أخطأَ السُّنّةَ، مُرِ ابنَك فلْيُراجِعْها، ثم يَدَعْها حتى تَحيضَ وتَطهُرَ، ثم يُطلِّقْها، ثم تَحيضُ وتَطهُرُ، ثم يُطلِّقُها إن أحبّ»[1].

وقال لابنه: «إنك أخطأتَ السُّنّةَ، ما هكذا[2] أمرَك اللهُ تَعالى، إن من السُّنّة أن تَستقبِلَ الطُّهرَ استِقبالًا، وتُطلِّقَ لكلِّ قُرءٍ واحِدةً، فتلك العِدّةُ التي أمَر[3] اللهُ تَعالى أن تُطلَّقَ لها النِّساءُ»، يُريدُ به قولَه تَعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[4] [الطَّلاق: ١].

ولَمّا قابَل اللهُ تَعالى الطَّلاقَ بالعِدّة، والطَّلاقُ ذُو عَدَدٍ، والعِدّةُ ذاتُ عَدَدٍ.. انقَسَم آحادُ هذا على آحاد ذلك، كقَولك: (أعطِ هؤلاء الثَّلاثةَ ثَلاثةَ دَراهِمَ).

وبَيانُ أنه سُنّةٌ: أنه تَعالى أمَر بالتَّفريق على الأَطهار[5]، والوُجوبُ ليس بمُرادٍ إجماعا، فتَعيَّنت السُّنّةُ.

---

(١) رواه البخاري (٥٢٥١) ومسلم (١٤٧١) بلفظ: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء».

(٢) في (ب): ما بهذا، وفي (ج): ما هذا.

(٣) في (أ): أمرك.

(٤) روى الدارقطني (٣٩٧٤) والبيهقي (١٤٩٣٩) عن الحسن قال: نا عبد الله بن عمر: أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخراوين عند القرئين، فبلغ ذلك رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «يا بن عمر ما هكذا أمرك الله، إنك قد أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر فيطلق لكل قروء»، قال: فأمرني رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فراجعتها، ثم قال: «إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك»، فقلت: يا رسول الله! رأيت لو أني طلقتها ثلاثًا كان يحل لي أن أراجعها؟ قال: «لا كانت تبين منك وتكون معصية».

(٥) في قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطَّلاق: ١].

ولأن الحُكمَ لا يَدورُ على حَقيقة الحاجةِ؛ لأن تَبايُنَ الأخلاقِ وتَنافُرَ الطِّباعِ لا يُطَّلَعُ عليهما؛ لبُطونهما، وإنما يَدورُ على دَليلها، وهو الإقدامُ على الطَّلاق في زَمان الرَّغبةِ، وهو الطُّهرُ الخالِي عن الجِماع.

لأن الإقدامَ على الطَّلاق في حالٍ يَميلُ قلبُه إليها لا يَكونُ ظاهِرًا إلا لضَرورةٍ تَحمِلُه على ذلك، والطُّهرُ الثّاني والثّالثُ نَظيرُ الأوَّلِ في كَونهما دَليلَي الرَّغبةِ، فصارَت الحاجةُ كالْمُتكرِّرة بالنَّظَر إلى دَليلها.

والشَّرطُ أن لا يَكونَ في الطُّهر طَلاقٌ وجِماعٌ؛ لما نُبيِّنُ إن شاء اللهُ تَعالى.

ثم قِيل: الأَولى أن يُؤخِّرَ الإيقاعَ إلى آخِر الطُّهرِ؛ لئلا تَطولَ العِدّةُ عليها، وذلك ضرَرٌ بها.

والأظهَرُ أن يُطلِّقَها كما طَهُرت؛ لأنه لو أخَّر الطَّلاقَ إلى آخِر الطُّهرِ ربما يُجامِعُها ومِن غَرَضه التَّطليقُ، فيقَعُ في إيقاعِ الطَّلاقِ عَقيبَ الوِقاعِ، وهو بِدعةٌ.

وفي طُهرٍ: بِدعيٌّ(ف)[1].

والبِدعيُّ بمَعنًى يَعودُ إلى العَدَد: أن يُطلِّقَها ثَلاثًا بكَلِمةٍ واحِدةٍ في طُهرٍ واحِدٍ، أو ثَلاثًا بكَلِماتٍ مُتفرِّقاتٍ، أو يَجمَعَ بينَ التَّطليقتَين في طُهرٍ واحِدٍ بكَلِمةٍ واحِدةٍ، أو بكَلِمتَين مُتفرِّقتَين، فإذا فَعَل ذلك وَقَع الطَّلاقُ، وكان عاصِيًا.

ولقَبُ الْمَسألةِ: أن إرسالَ الثَّلاثِ جُملةً أو مُتفرِّقةً في طُهرٍ واحِدٍ: بِدعةٌ عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مُباحٌ؛ لأنه تَصرُّفٌ مَشروعٌ؛ بدَلالة وُقوعِه، وقِيامِ دَليلِ

---

(١) الطلاق البدعي: هو أن يطلقها ثلاثًا بكلمة واحدة، في الطهر أو الحيض، وكذا واحدًا أو اثنين في الحيض، أو واحدًا في الطهر الذي جامعها فيه، وكذا ثلاثًا في طهر واحد، وكذا ثلاثًا أو اثنين بتكرار اللفظ. «التعريفات الفقهية» ص١٣٦.

الْمَشروعيَةِ، وهو أمرُ اللهِ تَعالى به[1]؛ لأنه لا[2] يَأمُرُ إلا بما هو مَشروعٌ، ومتى كان مَشروعًا لا يَكونُ مَحظورًا؛ للتَّنافي بينهما؛ وهذا لأن أَدنى دَرَجاتِ الْمَشروعِ أن يَكونَ مُباحًا في نَفسه، وبينَ كونِه مُباحًا ومَحظورًا مُنافاةٌ.

بخِلاف الطَّلاقِ في حالة الحَيض؛ لأنه مُباحٌ له في الأَصل؛ لكَونه مَأمورًا به مُطلَقًا، والحُرمةُ تُعارِضُ تَطويلَ العِدّةِ عليها.

وبخِلاف ما لو طَلَّقَها في طُهرٍ جامَعها فيه؛ لأنه يُؤدِّي إلى تَلبيس أمرِ العِدّةِ عليها؛ لأنها لا تَدري أنها حامِلٌ فتَعتدَّ بوَضع الحملِ، أو حائِلٌ فتَعتدَّ بالأَقراء.

ولنا: أن الأَصلَ في الطَّلاق الحظرُ؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أبغَضُ الْمُباحاتِ عندَ اللهِ تَعالى الطَّلاقُ»[3]، ومُبغَضُ[4] اللهِ تَعالى يَكونُ مَكروهًا.

وقال في الحَديث الْمَعروفِ: «تَزوَّجوا ولا تُطلِّقوا»[5]، وقال: «لَعَن اللهُ كلَّ ذوّاقٍ مِطلاقٍ»[6]، ومُطلَقُ النَّهيِ للتَّحريم.

---

(١) أي في قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ...﴾ إلى قوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩ - ٢٣٠].

(٢) في (ج) و(د): لم.

(٣) رواه أبو داود (٢١٧٨)، وابن ماجه (٢٠١٨)، ولفظ أبي داود: «أبغضُ الحلال إلى الله عَزَّوَجَلَّ الطلاقُ».

(٤) في (هـ): ويبغض.

(٥) رواه ابن عدي في «الكامل» ٦/ ١٩٦، والديلمي (٢٢٩٤)، وابن الجوزي في «الموضوعات» ٢/ ٢٧٧، وأبو الحسن ابن الحمامي في «مجموعه» ص١١١.

(٦) ذكره السرخسي في «المبسوط» بهذا اللفظ ٦/ ٢، ورواه بلفظ: «إن الله عَزَّوَجَلَّ لا يحب الذواقين ولا الذواقات».. البزار (٣٠٦٤)، والطبراني في «الأوسط» (٧٨٤٨).

فإن قال[1]: إنه مَأمورٌ به، فأنّى يَكونُ مَحظورًا؟!

قُلنا: الأمرُ به لا يَنفي الحظرَ؛ فإن الْمَحظورَ قد يُرخَّصُ بصِيغة الأمرِ حتى لا يَقعَ في مَحظورٍ فوقَه، كالحِنث في اليَمين[2]، وقطعِ الصَّلاةِ[3]؛ وهذا لأنَّ الطَّلاقَ قطعُ النّكاحِ الذي هو مَسنونٌ ومُشتمِلٌ على مَصالِح الدّارَين، وإبطالُ ما هذا شأنُه لا بُدَّ أن يَكونَ مَحظورًا.

لكنه يُفترَضُ بسَببه الإمساكُ بالْمَعروف، والنَّفَقةُ، وحُسنُ العِشرةِ، حتى لو تَركَ بلا عُذرٍ أثِم، وقد يَعجِزُ عن إقامة هذه الحُقوقِ بتَبايُن الأخلاقِ وتَنافُرِ الطِّباعِ، فأُطلِقَ له قطعُ النّكاحِ عندَ خوفِ الوُقوعِ فيما هو حَرامٌ؛ لأن قطعَ السُّنّةِ أهونُ من ارتِكاب الحَرامِ.

وقد قام الطُّهرُ مَقامَ الحاجةِ، وسَقَط اعتِبارُ حَقيقتِها؛ لبُطونها، فإذا تَجدَّد الطُّهرُ تَجدَّدت الحاجةُ، كما في الْمُفرَّق على الأَطهار، فيُباحُ، وإذا لم يَتجدَّد الطُّهرُ لم تَتجدَّد الحاجةُ، كما في الإرسال، فيُكرَهُ.

فإن قِيل: لو كان الأصلُ في الطَّلاق الحظرَ، والإباحةُ تُعارِضُ الحاجة.. لكان يَنبَغي أن لا يُباحَ التَّفريقُ على الأَطهار؛ لأنه لا يُمكِنُ تَصويرُ الحاجةِ في الثّانية والثّالثةِ؛ لأن هذه الحاجةَ حاجةُ التَّخلُّصِ عن عُهدتها[4]، وهي قد حَصَلت[5] بالواحِدة.

---

(١) في (ج) و(هـ): قيل.

(٢) كما روى مسلم (١٦٥٠) مرفوعًا: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها، فليأتها وليكفر عن يمينه».

(٣) كما يجب القطع لنحو إنجاء غريق أو حريق.

(٤) في (د): على عدتها.

(٥) في (هـ): خلصت.

قُلنا: الحاجةُ في نَفسها باقِيةٌ؛ لأنه قد يَحتاجُ إلى أن يَحسِمَ بابَ النِّكاحِ ليَتخلَّصَ عنها بالكُلّيَة؛ لأنه ربما يَهواها ويَميلُ طبعُه إليها ما دام سَبيلُ الوُصولِ إليها ثابِتًا[1]، فيَقَعُ في عُهدتها[2]، فأمكَن تَصويرُ الدَّليلِ عليها.

والْمَشروعيّةُ في ذاته من حيث إنه يُبطِلُ القيدَ، والْمَملوكيّةُ لا تُنافِي الحظرَ لِمَعنًى في غَيره، وهو تَضمُّنُه قطعَ النِّكاحِ الْمَسنونِ الْمُشتمِلِ على الْمَصالِح، فسَمَّيناه باعتِبار هذا الأثَرِ[3] مَحظورًا، وبالأثَر[4] الْمَوضوعِ له مَشروعًا.

والطَّلاقُ البائِنُ ليس بسُنِّيٍّ في ظاهِر الرِّوايةِ.

وفي «زِيادات الزِّياداتِ» ذَكَر أنه سُنِّيٌّ.

وجهُ الأوَّلِ: أنه لا يُحتاجُ إلى صِفة البَينونةِ في الخَلاص.

وجهُ الثّاني: أنه يُحتاجُ إلى الخَلاص ناجِزًا[5].

والخُلعُ سُنِّيٌّ وإن كان في حالة الحيضِ؛ لأنه قد يَحتاجُ إلى الْمُفاداة.

ولأن اللهَ تَعالى قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البَقَرة: ٢٢٩].

فإن قِيل: إنه أُمِر بالْمُفارَقة والتَّسريحِ، وهما بائِنان[6].

قُلنا: الْمُرادُ بهما: التَّركُ حتى تَمضيَ عِدَّتُها.

---

(١) في (ج) و(هـ): باقيًا

(٢) في (د) و(هـ): عدتها.

(٣) في (هـ): الأمر.

(٤) في (هـ): وبالأمر.

(٥) في (ج): الناجز.

(٦) في (هـ): ثابتان، والمثبت من (ج) و(ز)، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

والسُّنّةُ في الطَّلاق من حيث العدَدُ يَستَوي فيها[1] الْمَدخولُ بها وغيرُ الْمَدخولِ بها، حتى لو قال لغَير الْمَدخولِ بها: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا للسُّنّة) يَقَعُ في الحال واحِدةٌ، سَواءٌ كانَت حائِضًا أو طاهِرةً.

وتَتعلَّقُ الثّانيةُ بالتَّزوُّج ثانِيًا، والثّالثةُ بالتَّزوُّج ثالِثًا؛ لأن الطَّلاقَ السُّنِّيَّ الْمُترتِّبَ في حقِّ غيرِ الْمَدخولِ بها لا يُتصوَّرُ إلا على هذا الوجهِ.

والسُّنِّيُّ من حيث الوقتُ: أن يُطلِّقَها طاهِرًا من غَير جِماعٍ في ذلك الطُّهرِ.

وهو يَثبُتُ في الْمَدخول بها خاصّةً؛ وهذا لأن الإباحةَ باعتِبار الحاجةِ، ودَليلُ الحاجةِ الإقدامُ على الطَّلاق في زَمان كَمالِ الرَّغبةِ فيها، وهو زَمانُ طُهرٍ لا جِماعَ فيه؛ لأنه لم يَحصُل مَقصودُه منها في هذا الطُّهرِ، أما زمانُ الحيضِ: فزَمانُ نَفْرِه[2] عنها طبعًا وشرعًا.

والطُّهرُ الذي جامَعها فيه زَمانُ قِلّةِ رَغبتِه فيها؛ لحُصول مَقصودِه منها في هذا الطُّهرِ، فكان الطَّلاقُ في الطُّهر الذي لم يُجامِعها فيه واقِعًا عن حاجةٍ، فيَكونُ سُنِّيًّا من حيث الوقتُ.

وغيرُ الْمَوطوءةِ تَطلُقُ للسُّنّة[3]، ولو حائِضًا.

---

(١) في (هـ): فيه.

(٢) في (ج): نفرة.

(٣) طلاق السنة: السنة: الطريقة والسيرة، فإذا أطلقت في الشرع فإنما يراد بها ما أمر به النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ونهى عنه، ونَدب إليه، مما لم ينطق به الكتاب العزيز، ولهذا يقال في أدلة الشرع: الكتاب والسنة.
والبدعة: ما عُمل على غير مثال سابق، والبدعة: بدعتان، بدعة هدًى، وبدعة ضلالة.
والبدعة: منقسمة بانقسام أحكام التكليف الخمسة، وليس هذا موضع تفصيلها، وتعديدها.
وقد فسر طلاق السنة وطلاق البدعة، فطلاق السنة: ما أذن فيه الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وطلاق=

ولو طَلَّق غيرَ الْمَدخولِ بها في حال الحيضِ: لم يُكرَه؛ لأنه إيقاعٌ بحاجةٍ؛ لأن جَميعَ الأزمِنةِ في حقِّها زَمانُ كَمالِ الرَّغبةِ فيها؛ لأنه لم يَقضِ وطَرَه منها، والمرءُ توّاقٌ إلى ما لم يَنَل، وبه فارَق الْمَدخولَ بها.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ أن يُطلِّقَها في حال الحيضِ؛ لأن الْمَعنى الذي لأَجله كُرِه الطَّلاقُ في الحَيض بعدَ الدُّخولِ مَوجودٌ هنا، وهو: أن الطَّلاقَ مَحظورٌ لا يُباحُ الإقدامُ عليه إلا في زَمان الرَّغبةِ؛ ليكونَ ذلك دَليلَ الحاجةِ إلى الطَّلاق.

وإذا طَلَّقها في الحَيض فقد عُدِم دَليلُ الحاجةِ إلى الطَّلاق، فبَقِي على ظاهِر الحظرِ.

وفُرِّق فيمن لا تَحيضُ على الأشهُر.

وإن كانَت الْمَرأةُ لا تَحيضُ لِصِغَرٍ[(١)] أو كِبَرٍ أو حملٍ، فأَراد أن يُطلِّقَها ثَلاثًا[(٢)] للسُّنّة.. طَلَّقها واحِدةً، فإذا مَضى شهرٌ طَلَّقها أُخرى، فإذا مَضى شهرٌ طَلَّقها أُخرى.

أما الآيِسةُ والصَّغيرةُ: فلِقيام الشَّهرِ في حقِّهما مَقامَ الحيضِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾، إلى أن قال: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطَّلاق: ٤]، والْمُرادُ به: الصَّغيرةُ.

وقد ظنَّ بعضُ أصحابِنا أن الشَّهرَ في حقِّ التي لا تَحيضُ[(٣)] بمَنزِلة الحيضِ والطُّهرِ

=البدعة: ما نهى عنه. «المطلع» ص٤٠٦.

وكل ما أحدث بعد النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فهو بدعة، والبدعة: فعل ما لم يسبق إليه، فما وافق أصلًا من السنة يقاس عليها فهو محمود، وما خالف أصول السنن فهو ضلالة، ومنه قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كل بدعة ضلالة». «المشارق» ١/ ٨١.

(١) في (ب): من صغر.

(٢) في (هـ): ثانيًا.

(٣) في (ج): لم تحض.

فِي حقِّ التي تَحيضُ، وليس كذلك، بل الشَّهرُ في حقِّها بمَنزِلة الحيضِ في حقِّ التي تَحيضُ، حتى يُقدَّرُ الاستِبراءُ في حقِّها بالشَّهر، وهو بالحَيض لا بالطُّهر.

ولو كانَت الإقامةُ باعتِبارهما لكان يَنبَغي أن يُقدَّرَ الاستِبراءُ بعشَرةٍ؛ لأنه أكثرُ الحيضِ.

فإن كان الطَّلاقُ في أوَّل الشَّهرِ تُعتبرُ الشُّهورِ بالأهِلّة، وإن كان في وَسَط الشَّهرِ تُعتبرُ بالأيّام ثَلاثين ثَلاثين في حقِّ تفريقِ الطَّلاقِ على الأشهُر، وفي حقِّ العِدّةِ كذلك عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: يُكمَّلُ بعضُ الشَّهرِ الأوَّلِ بالشَّهر الآخرِ[1] بالأيّام، وفيما بينَ ذلك يُعتبَرُ بالأهِلّة.

وأصلُ الْمَسألةِ: أن من استَأجَر دارًا عشَرةَ أشهُرٍ.. إن كانَت الإجارةُ في رَأس الشَّهرِ: يُعتبرُ بالأهِلّة، وإن كانَت فيما بينَ ذلك يُعتبرُ بالأيّام عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: بعضُ الشَّهرِ الأوَّلِ يُكمَّلُ بالشَّهر الآخَر[2] بالأيّام، وفيما بينَ ذلك يُعتبَرُ بالأهِلّة.

وقيل: الفَتوى على قَولهما؛ لأنه أسهلُ، وسيَجيءُ في كِتاب الإجاراتِ مشروحًا إن شاء اللهُ تَعالى.

وأما الحامِلُ: فهو قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وقال محمدٌ وزفرُ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لا تُطلَّقُ الحامِلُ للسُّنّة إلا واحِدةً؛ لأن الأصلَ في الطَّلاق هو الحظرُ؛ لما مرّ، وإنما وَرَد الشَّرعُ بالإباحة مُفرَّقًا على فُصول العِدّةِ؛ لقَوله

---

(١) في سوى (أ) و(ب) و(ج): الأخير.

(٢) في سوى (ب) و(ج): الأخير.

تَعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطَّلاق: ١]، قال ابنُ عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أي لأَطْهَار عِدّتِهن[1].

ففي ذَوات الأقراءِ فُرِّق على الأَقراء، وفي حقِّ الآيِسةِ والصَّغيرةِ على الأشهُر؛ لأن كلَّ شهرٍ فصلٌ من فُصول العِدّةِ في حقِّهما[2]، كالقُرء في ذَوات الأقراءِ.

ومُدّةُ الحملِ وإن طالَت فهي طُهرٌ واحِدٌ وفصلٌ واحِدٌ حَقيقةً وحُكمًا؛ ألا تَرى أن الانقِضاءَ لا يَتعلَّقُ بها، فصار كالْمُمتدِّ[3] طُهرُها، فلا تكونُ محلًّا لتفريق الثَّلاثِ.

ولهما: أن هذه مُدّةُ عِدّةٍ كامِلةٍ، فيَصِحُّ فيها تَفريقُ الثَّلاثِ، كعِدّة الآيِسةِ والصَّغيرةِ، ولا نَشُكُّ[4] في كَونها مُدّةَ العِدّةِ؛ إذ يَلزَمُها الحِدادُ وأحكامُ العِدّةِ.

والتَّفريقُ بالأشهُر في حقِّ الآيِسةِ والصَّغيرةِ ما ثَبَت باعتِبار كونِه فصلًا؛ إذ لا تَأثيرَ له فيه، وإنما ثَبَت[5] باعتِبار كونِه زَمانَ تَجدُّدِ الرَّغبةِ على ما عليه الجِبلّةُ السَّليمةُ، فإذا تَجدَّد زَمانُ الرَّغبةِ تَجدَّدت الحاجةُ[6].

ومُدّةُ الحملِ زَمانُ الرَّغبةِ، مِثلُ الشَّهرِ في حقِّ ذَوات الأشهُرِ، بل أَقوى؛ لأن الرَّغبةَ فيها أكثرُ؛ لكَون الحبَلِ سببَ الرَّغبةِ فيها.

بخِلاف الْمُمتدِّ طُهرُها؛ لأن طُهرَها وإن طال فهو بعضُ العِدّةِ، ولهذا لا تَنقَضي به العِدّةُ، وبعضُ العِدّةِ ليس بمحَلٍّ لتَفريق الثَّلاثِ.

---

(١) روى الطبري في «تفسيره» ٢٣/ ٢٣ عن عكرمة، عن ابن عباس: أنه كان يرى طلاق السنة طاهرًا من غير جماع، وفي كل طهر، وهي العدة التي أمر الله بها.

(٢) في (ج) و(هـ): في حقها، وفي (د): في حقهن.

(٣) في (ج) و(هـ): كالممتدة.

(٤) في (ز): ولا شك.

(٥) في سوى (أ) و(ب): يثبت.

(٦) في (ب) و(ج) و(هـ): الإباحة.

ولأن الحيضَ مَرجوٌّ فيها كلَّ ساعةٍ، فلم يَقُم الشَّهرُ في حقِّها مَقامَ الحيضِ.

ولا[1] كذلك الحامِل؛ لأنها لا تَحيضُ، فصارَت كالآيِسة.

وصحَّ(ز) طَلاقُهنَّ بعدَ الوطءِ.

ويَجوزُ أن تُطلَّقَ الآيِسةُ والصَّغيرةُ والحامِلُ عَقيبَ الوطءِ، ولا يُفصَلَ بينَ وطئِهنَّ وطَلاقِهنَّ بزَمانٍ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُفصَلُ بينَ الطَّلاقِ والجِماعِ في حقِّ الآيِسةِ والصَّغيرةِ بشهرٍ؛ لِقيام الشَّهرِ في حقِّهما مَقامَ الحيضِ، والحيضُ فاصِلٌ بينَ الجِماعِ والطَّلاقِ في ذَوات الأقراءِ، فكذا يَكونُ الشَّهرُ هنا فاصِلًا بينَ الجِماعِ والطَّلاقِ.

ولأنه بالجِماع تَقِلُّ الرَّغبةُ، فلا بُدَّ من مُضِيِّ زَمانٍ تَتجدَّدُ فيه الرَّغبةُ، وذا شهرٌ.

بخِلاف الحامل؛ لأن الرَّغبةَ فيها وإن زالَت من وجهٍ؛ حيث قَضى وطَره منها.. فقد بَقِيت من وجهٍ آخرَ؛ لأن الحبَلَ يَدعو إلى إمساكها.

ولنا: أن الكَراهةَ في ذَوات الأقراءِ باعتِبار تَوهُّمِ الحبَلِ؛ لأن عندَ ذلك يَشتبِهُ وجهُ العِدّةِ؛ لأنها لا تَدري أن الوطءَ مُعْلِقٌ فتَعتدَّ بوَضع الحملِ، أو غيرُ مُعْلِقٍ فتَعتدَّ بالأَقراء، ولم يُوجَد هنا ذلك الْمَعنى؛ لأن وطءَ الصَّغيرةِ والآيِسةِ غيرُ مُعْلِقٍ.

والرَّغبةُ وإن قَصُرت بالجِماع من وجهٍ.. فقد تكامَلت من وجهٍ آخرَ، وهو أن هذا الوطءَ غيرُ مُعْلِقٍ، والطَّبعُ يَميلُ إليه فوقَ ما يَميلُ إلى الوَطء الْمُعلِقِ؛ فِرارًا من مُؤَن الولَدِ، فبَقِيت الرَّغبةُ على ما كانَت.

وصار كزَمان الحبَلِ[2]؛ فإنه إنما يَجوزُ طَلاقُ الحاملِ عَقيبَ الجِماعِ؛ لأنه لا

(١) سقطت من (د).

(٢) في (ز): الولد.

يُؤدِّي إلى تلبيس وجهِ العِدَّةِ.

ولأنَ زَمانَ الحبَلِ زَمانُ الرَّغبةِ في الوَطءِ؛ لكَونه غيرَ مُعْلِقٍ، أو في الْمَرأة؛ لأن ولَدَه منها، فلا تَقِلُّ رَغبته بالجِماع.

وطَلاقُ الْموطوءةِ حائِضًا: بِدعيٌّ، فيُراجِعُها[1]، ويُطلِّقُها في طُهرٍ ثانٍ(ح).

والبِدعيُّ من حيث الوقتُ: أن يُطلِّقَ الْمَدخولَ بها وهي من ذَوات الأقراءِ في حالة الحيضِ، أو في طُهرٍ جامَعها فيه.

وكان الطَّلاقُ واقِعًا، وقالَت الرَّوافِضُ: لا يَقَعُ؛ لأنه مَنهيٌّ عنه[2]، فاستَحال أن يَكونَ مَشروعًا؛ لأن أَدنى دَرَجاتِ الْمَشروعِ الإطلاقُ والحُسنُ، وأَدنى دَرَجاتِ الْمَنهيِّ القُبحُ، وبينَهما تَنافٍ.

ولنا: أن النَّهيَ عنه لِمَعنًى في غَيره، وهو تَطويلُ العِدَّةِ، أو اشتِباهُ[3] أمرِ العِدَّةِ عليها، وفي ذلك إضرارٌ بها، فلا يُنافِي مَشروعيَّتَه، كالنَّهي عن السَّوم على سَوم غيرِه، والنَّجْشِ[4]، وتَلقِّي الجلَبِ[5].

---

(١) الرَّجعة لغةً: المرة من الرجوع. وشرعًا: رد زوج يصح طلاقه مطَلَّقتَه بعد الدخول، في بقية عدة طلاقه، بلا عوض ولا استيفاء عدد، إلى نكاحه. «التوقيف» ص١٧٥.

الطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي لا يُحرِّم الوطء في العدة، وذلك بلفظ الصريح، واحدًا أو اثنين، من غير لفظ الشدة والبينونة. «التعريفات الفقهية» ص١٣٧.

(٢) كما تقدم من نهيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لابن عمر رضي الله تعالى عنهما عنه.

(٣) في (ب) و(ج): واشتباه.

(٤) روى البخاري (٢٧٢٧) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن التلقي، وأن يبتاع المهاجر للأعرابي، وأن تشترط المرأة طلاق أختها، وأن يستام الرجل على سوم أخيه، ونهى عن النجش، وعن التصرية.

(٥) رواه البخاري (٢١٦٤)، ومسلم (١٥١٨).

وهذا لأن النَّهيَ عن الْمَشروعات لِمَعنًى في أَغيارها، فبَقِيَت مَشروعةً في نَفسها؛ إذ النَّهيُ يَقتَضي تَصوُّرَ الْمَنهيِّ عنه؛ لأنه طلَبُ الانتِهاءِ، كالأَمر طلَبُ الائتِمارِ على وَجه الابتِلاءِ[1]؛ لتَظهَرَ طاعةُ العبدِ ومَعصِيتُه.

وذا إنما يَتحقَّقُ إذا كان عدَمُ الْمَنهيِّ ووُجودُ الْمَأمورِ مُضافًا إلى اختِياره، وإنما يُضافُ إلى اختِياره إذا كان مُتصوَّرَ الوُجودِ في نَفسه، أما إذا كان مُمتنِعَ الوُجودِ: فلا.

ولا بُدَّ من وَصف القُبحِ أيضًا؛ لأن النّاهيَ حَكيمٌ، فلا يَنهى عن شيءٍ حسَنٍ.

ولا يُمكِنُ تَحقيقُ الوَصفَين ذاتًا؛ لأنه إن تُصُوِّر شرعًا لا يَبقى قَبيحًا، وإن قَبُح لا يَبقى مُتصوَّرًا، فعَلِمنا أن النَّهيَ لغَيره وإن أُضِيف إليه.

ويُستحَبُّ له أن يُراجِعَها؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «مُر ابنَك فلْيُراجِعها»[2]، وقد طَلَّقها في حال[3] الحيضِ.

والحَديثُ يَدُلُّ على وُقوع الطَّلاقِ؛ إذ لا تُتصوَّرُ الرَّجعةُ بدُون الوُقوعِ.

وعلى استِحباب الرَّجعةِ؛ لأن الأمرَ قد يَجيءُ للاستِحباب.

ولأنها شُرِعت لهنَّ فلا تَجِبُ عليه؛ لئلا يَعودَ على مَوضوعه بالنَّقض.

والأصحُّ: أن الرَّجعةَ واجِبةٌ؛ لأن الأمرَ حَقيقةٌ للإيجاب.

ولأن إيقاعَ الطَّلاقِ في الحَيض مَعصِيةٌ، والسَّبيلُ في الْمَعاصي رفعُها ما أمكَن، كالبيع الفاسِدِ والنِّكاحِ الفاسِدِ.

فإن قِيل: الْمَعصِيةُ في الإيقاع، ولا يُمكِنُ تَلافِيه.

---

(١) في (ج): الابتداء.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (هـ): خلال.

قُلنا: نعم! المَعصِيةُ في الإيقاع، لكن قد بَقِي[1] أثَرُه، وهو العِدّةُ، وفي الرَّجعة إبطالُ أثَرِه، فلا تَبِين بطَلاقٍ مَحظورٍ عندَ انقِضائِها، والرَّجعةُ شُرِعت لدَفع ضرَرِ تَطويلِ العِدّةِ عليها، فتَكونُ واجِبةً.

فإذا طَهُرت وحاضَت، ثم طَهُرت: إن شاء طَلَّقها وإن شاء أمسَكها.

وعن أبي حَنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يُطلِّقُها في الطُّهر الذي يَلي الحَيضةَ التي طَلَّقها فيه[2]؛ لأن أثَرَ الطَّلاقِ الأوَّلِ قد انتَفى بالرَّجعة، فيُجعَلُ كأنه لم يُطلِّقها، ولو لم يُطلِّقها جاز له أن يُطلِّقَها في هذا الطُّهرِ، كذا هنا.

وفي[3] ظاهِر الرِّوايةِ -وهو قولُهما-: لا يُطلِّقُها حتى تَطهُرَ من الحَيضة الثّانيةِ؛ لأن حُكمَ الطَّلاقِ الأوَّلِ لم يَضمحِلَّ من كلِّ وجهٍ؛ ألا تَرى أنه يُجعَلُ هذا طَلاقًا ثانيًا، فيَكونُ هذا جمعًا بينَ الطَّلاقَين في فصلٍ واحِدٍ، وهو مَكروهٌ.

والدَّليلُ عليه: ما رُوِي في بَعض الرِّواياتِ أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال لعمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «مُر ابنَك فلْيُراجِعها، ثم لْيَدَعْها حتى تَطهُرَ[4]، ثم تَحيضَ فتَطهُرَ، ثم يُطلِّقُها»[5].

وفَسَّر الطَّلاقَ السُّنِّيَّ في «الزِّيادات»: بأن يُطلِّقَها في طُهرٍ خالٍ عن الجِماعِ والطَّلاقِ، عَقيبَ حيضٍ خالٍ عن الجِماع والطَّلاقِ.

---

(١) في (ب): لكن نفى.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): فيها.

(٣) في (هـ): في.

(٤) في (ب): على أن تطهر.

(٥) روى مسلم (١٤٧١) مرفوعًا «مره فليراجعها، ثم ليدعها حتى تطهر، ثم تحيض حيضة أخرى، فإذا طهرت فليطلقها قبل أن يجامعها أو يمسكها، فإنها العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء».

أما خُلُوُّ الطُّهرِ عن الجِماع: فلأنه سبَبُ قُصورِ الرَّغبةِ.

وعن[1] **الطَّلاق**: لاندِفاع الحاجةِ بالطَّلاق الأوَّلِ، فلا تَتجدَّدُ الحاجةُ إلى الثّاني إلا بتَجدُّدِ الزَّمانِ، ولم يُوجَد.

وأما خُلُوُّ الحيضِ عن الجِماع: فلأن الجِماعَ في الحَيض سبَبُ فُتورِ الرَّغبةِ في طُهرٍ بعدَه.

وأما خُلُوُّه عن الطَّلاق: فلأن الحاجةَ إنما تَتجدَّدُ بعدَ[2] تَخلُّل زَمانٍ كَثيرٍ بينَ الأوَّلِ والثّاني، وليس بينَ الجُزءِ الآخِرِ من الحَيض والجُزءِ الأوَّلِ من الطُّهر زَمانٌ كَثيرٌ تَتجدَّدُ فيه الحاجةُ.

وعلى هذا: إذا طَلَّقها في طُهرٍ، ثم راجَعها، ثم طَلَّقها ثانِيًا: لا يُكرَهُ في رِوايةٍ عن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وفي ظاهِرِ الرِّوايةِ -وهو قولُهما-: يُكرَهُ؛ لوُجود الجمعِ بينَ الطَّلاقَين في طُهرٍ واحِدٍ.

وكذا لو فَعَل ذلك في شهرٍ واحِدٍ في الآيِسة والصَّغيرةِ.

وعلى هذا: لو أخَذ يدَها بشَهوةٍ، ثم قال لها: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا[3] للسُّنّة): وَقَع الثَّلاثُ في الحال في تلك الرِّوايةِ؛ لأنه يَقَعُ الأوَّلُ، وصار مُراجِعًا بالمسِّ عن شَهوةٍ، ثم يَقَعُ الثّاني والثّالثُ كذلك.

وفي ظاهِرِ الرِّوايةِ: تَقَعُ واحِدةٌ في الحال، والثّاني في طُهرٍ آخَرَ، والثّالثُ في طُهرٍ آخَرَ.

---

(١) في (ز): وكذا عن.

(٢) في (ب): إذا، وفي (ج) و(هـ): بين.

(٣) سقطت من (هـ).

قال لِمَوطوءته: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا للسُّنّة): تَطلُقُ بكلِّ طُهرٍ تَطليقةً، وإن نَوى وُقوعَ الثّلاثِ السّاعةَ[ز]، أو بكلِّ شهرٍ: صَحَّت[ز].

ولو قال لامرَأته الْمَوطوءةِ -وهي من ذَوات الأقراءِ-: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا للسُّنّة).. إن نَوى أن يَقَعَ عندَ كلِّ طُهرٍ تَطليقةٌ: فهو على ما نَوى.

وكذا إذا لم يَنوِ شيئًا فهي طالِقٌ عندَ كلِّ طُهرٍ تَطليقةً.

لأنَ تَقديرَ هذا الكَلامِ: أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا لوَقت السُّنّةِ، ووقتُ السُّنّةِ: طُهرٌ لا جِماعَ فيه.

وإن نَوى أن تَقَعَ الثَّلاثُ جُملةً للحال: صَحَّت نِيّتُه.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَصِحُّ؛ لأنه نَوى ما لا يَحتمِلُه لفظُه، فيَلغو؛ وهذا لأنه نَوى البِدعةَ؛ لما مرَّ أنه بِدعيٌّ عددًا، وهو ضِدُّ السُّنّةِ، والشَّيءُ لا يَحتمِلُ ضِدَّه.

ولنا: أنه نَوى ما يَحتمِلُه لفظُه، فصَحَّت نِيّتُه؛ وهذا لأنه نَوى السُّنِّيَّ وُقوعًا -من حيث إن وُقوعَ الثّلاثِ جُملةً عُرِف بالسُّنّة؛ لما رُوِي أنه عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال: «من طَلَّق امرَأتَه ألفًا بانَت بثَلاثٍ، والباقِي ردٌّ عليه»[1]- لا إيقاعًا، فلم يَتناوَله مُطلَقُ كَلامِه؛ إذ الْمُطلَقُ يَنصرِفُ إلى الكامِلِ، وذا في السُّنِّيِّ وُقوعًا وإيقاعًا، ويَنتظِمُه عندَ نِيّتِه، كقَوله:

(١) روى عبد الرزاق (١١٣٣٩) عن داود بن عبادة بن الصامت قال: طلق جدي امرأة له ألف تطليقة، فانطلق أبي إلى رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ، فذكر ذلك له، فقال النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «أما اتقى الله جدك، أما ثلاث فله، وأما تسعمائة وسبعة وتسعون فعدوان وظلم، إن شاء الله تعالى عذبه، وإن شاء غفر له».

وروى ابن أبي شيبة (١٧٨٠٣) عن هارون بن عنترة عن أبيه قال: كنت جالسًا عند ابن عباس فأتاه رجل، فقال: يا بن عباس، إنه طلق امرأته مائة مرة، وإنما قلتها مرة واحدة، فتبين مني بثلاث، أم هي واحدة؟ فقال: بانت بثلاث، وعليك وزر سبعة وتسعين.

وروى البيهقي (١٤٩٤٧) عن مسروق قال: سأل رجل لعبد الله رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ فقال: رجل طلق امرأته مائة قال: بانت بثلاث وسائر ذلك عدوان.

(كلُّ مَملوكٍ لي حُرٌّ)، فإنه لا يتناوَلُ الْمُكاتَبَ؛ لقُصورٍ في الْمِلك؛ إذ هو غيرُ مَملوكٍ يدًا، وإن كان مَملوكًا رَقَبةً، ولو نَواه يَصِحُّ.

وكذا لو حَلَفَ لا يَأكُلُ لحمًا: لا يتناوَلُ[1] لحمَ السَّمَكِ؛ لقُصورٍ في اللَّحميّة؛ لأن اللَّحمَ هو النّاشئُ من الدَّم، فما لا دمَ له يَكونُ قاصِرًا، وإذا نَواه صحّ.

وإن كان نَوى أن يَقَعَ عندَ رأسِ كلِّ شهرٍ: فهو على ما نَوى؛ لأنه يَحتمِلُ أن يَكونَ رأسُ الشَّهرِ زَمانَ الطُّهرِ، فيَكونُ سُنِّيًّا وُقوعًا وإيقاعًا، ويَحتمِلُ أن يَكونَ زَمانَ الحيضِ، فيَكونُ سُنِّيًّا وُقوعًا لا إيقاعًا، ولو نَوى ما يَكونُ سُنِّيًّا وُقوعًا تَصِحُّ نِيّتُه، فإذا نَوى ما يَكونُ سُنِّيًّا وُقوعًا وإيقاعًا على تَقديرٍ، وسُنِّيًّا وُقوعًا لا إيقاعًا على تَقديرٍ.. أَولى أن يَصِحَّ.

ولو كانَت آيِسةً مَدخولًا بها، أو صَغيرةً مَدخولًا بها، فقال لها: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا للسُّنّة): وَقَعت السّاعةَ واحِدةٌ، وبعدَ شهرٍ أُخرى، وبعدَ شهرٍ أُخرى؛ لأن الشَّهرَ فيهما أُقِيم مُقامَ الحيضِ في ذَوات الأقراءِ.

فكما أن في حقِّ ذَواتِ الأقراءِ تَقَعُ أُخرى إذا طَهُرت من الحَيض.. فكذا في حقِّ الآيِسةِ والصَّغيرةِ يَقَعُ إذا مَضى شهرٌ.

وإن نَوى أن تَقَعَ الثَّلاثُ السّاعةَ: وَقَعْنَ عندَنا؛ لما مرّ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ للسُّنّة)، ونَوى ثَلاثًا جُملةً أو مُتفرِّقًا على الأَطهار: صحّ؛ لأن قولَه: (للسُّنّة) عِبارةٌ عن بَيان وقتِ الوُقوعِ، ووقتُ الوُقوعِ أنواعٌ: وقتُ بِدعةٍ، ووقتٌ مُستحَبٌّ.

وكِلا النَّوعيَن عُرِفا بالشَّرع، فإنّا لم نَعرِف وُقوعَ الطَّلاقِ في وقتٍ نُهينا عنه إلا

---

(١) في (و): لا يحنث بتناول.

بالشَّرع، وكِلاهما[1] مَشروعان، وإن قُرِن أحدُهما بالنَّهي دونَ الآخرِ.

كذا ذَكَره صاحِبُ «الأسرارِ»، وشمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ، وشيخُ الإسلامِ خَواهَرْ زادَه، رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وذَكَر فخرُ الإسلامِ، والصَّدرُ الشَّهيدُ، وصاحِبُ «الْمُختلِفاتِ»، وعَلاءُ الأئِمّةِ السَّمَرْقنديُّ، وصاحِبُ «الهِدايةِ»، رَحِمَهُمُ اللَّهُ: أنه لا تَصِحُّ نِيّةُ الجُملةِ فيه؛ لأنه إنما صَحَّت نِيّةُ الثَّلاثِ فيه من حيث إن اللّامَ فيه للوَقت، فتُفِيدُ تَعميمَ الوقتِ، ومن ضَرورة تَعميمِ الوقتِ الذي هو ظرفٌ للوُقوع فيه: أن يَتعمَّمَ الواقِعُ فيه، فكان ناوِيًا مُحتمَلَ لفظِه، فيَصِحُّ.

أما لو نَوى وُقوعَ الثَّلاثِ جُملةً: فقد أَلغى قَضِيّةَ اللّامِ، أعنِي: العُمومَ الْمُستفادَ منه، فكان[2] هذا إيقاعًا في الحال بقَوله[3]: (أنتِ طالِقٌ)، وإنه لا يَصِحُّ؛ لأنه لا يَحتمِلُ العدَدَ.

بخِلاف الفصلِ الأوَّلِ؛ لأن العدَدَ ثَمَّ ثَبت باللَّفظ لا بقَضِيّة اللّامِ، أما هنا: ثَبت قَضِيّةً لحَرف[4] اللّامِ، وإنه يَبطُل بنِيّته[5] وُقوعُ الثَّلاثِ جُملةً.

(١) في (أ) و(د) و(ز): فكلاهما.

(٢) في (ب): فبقي، وفي (ج) و(هـ): فصار.

(٣) في سوى (أ) و(ز): بقوله.

(٤) في سوى (ج) و(هـ): لحرف.

(٥) في (ز): نية.

فصل
[في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع]

ويَقعُ طَلاقُ كلِّ زوجٍ عاقِلٍ، بالِغٍ، ولو مُكرَهًا(ف)[1]، وسَكرانَ(س ف)[2]، وأخرَسَ[3] بإشارته، وعبدًا.

لا طَلاقُ الصَّبِيِّ(م)، والْمَجنونِ، والنَّائمِ، والسَّيِّدِ على امرَأة عبدِه.

ويَقعُ طَلاقُ كلِّ زوجٍ إذا كان عاقِلًا بالِغًا، ولا يَنتقِضُ هذا بإلحاق البائنِ البائنَ[4]؛ لأن ذا خَرَج لأمرٍ خارِجٍ، وهو إثباتُ الثّابتِ، حتى لو كان صَريحًا يَقعُ.

ولأنه لم يَقُل: (يَقعُ كلُّ طَلاقِ كلِّ زوجٍ)، بل قال: (يَقعُ طَلاقُ كلِّ زوجٍ)، وطَلاقُ هذا الزَّوجِ مما يَقعُ في الجُملة؛ بدَليل وُقوعِه قبلَ ثُبوتِ البينونةِ ووُقوعِ البينونةِ.

ولأنه ليس بزَوجٍ مُطلَقًا.

ولا يَقعُ طَلاقُ الصَّبيِّ، والْمَجنونِ، والْمَعتوهِ، والنّائمِ، والْمُبرسَمِ، والْمَدهوشِ،

---

(١) الكَرْه بالفتح: المشقة، وبالضم: القهر، وقيل: بالفتح الإكراه، وبالضم المشقة، وأكرهته على الأمر إكراهًا: حملته عليه قهرًا، يقال: فعلته كَرهًا -بالفتح-: أي إكراهًا. «المصباح» ٢/ ٥٣٢.

(٢) السكران عند الإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ: من لا يعلم الأرض من السماء، وعندهما: تخليط كلامه من شرب الخمر، وعند بعض الفقهاء: من اختلط في مشيه وتحرك. «التعريفات الفقهية» ص١١٤.

(٣) خَرِس الإنسان خَرَسًا: مُنع الكلام خِلقةً، فهو أخرس، والأنثى خرساء، والجمع خُرس. «المصباح» ١/ ١٦٦.

(٤) في (هـ): بالبائن.

والْمُغمى عليه؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «كلُّ طَلاقٍ جائِزٌ[1] إلا طَلاقَ الصَّبيِّ والْمَجنونِ»[2].

ولأن أهليّةَ التَّصرُّفِ بالعَقل والتَّمييزِ والقصدِ الصَّحيحِ، ولا عقلَ للمَجنون.

والصَّبيُّ ليس له قصدٌ مُعتبَرٌ شرعًا، خُصوصًا فيما يَضُرُّه؛ لأن اعتِبارَ القصدِ بِناءً على الخِطاب، والخِطابُ بِناءً على اعتِدال الحالِ، وذا بالبُلوغ عن عقلٍ.

والْمَعتوهُ والْمُغمى عليه كالصَّبيِّ في ذلك؛ لعَدَم القصدِ الصَّحيحِ منهما.

والنّائمُ لا اختِيارَ له.

والعاقِلُ: من يَستقيمُ كَلامُه وأفعالُه، وغيرُه نادِرٌ، والْمَجنونُ ضِدُّه.

والْمَعتوهُ: من يَختلِطُ كَلامُه وأفعالُه، فيَكونُ هذا غالِبًا مرّةً، وذا غالِبًا مرّةً.

وطَلاقُ الْمُكرَهِ وخُلعُه واقِعٌ عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

فتَأثيرُ الإكراهِ عندَه في إلغاء عِبارةِ الْمُكرَهِ كتَأثير الصِّبا والجُنونِ[3].

وعندَنا: تَأثيرُه في إعدام الرِّضا لا في إهدار القولِ، حتى تَنعقِدُ تصرُّفاتُ الْمُكرَهِ.

إلا أن ما يَعتمِدُ لُزومُه تَمامَ الرِّضا -كالبَيع والشِّراءِ- لا يَلزَمُ منه، وما لا يَعتمِدُ تَمامَ الرِّضا -كالنِّكاح والطَّلاقِ والعَتقِ- يَلزَمُ منه.

(١) في (ب): طلاق كل زوج جائز.

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٦٩: لم أجده، وإنما روى ابن أبي شيبة (١٧٩٣٥) عن ابن عباس موقوفًا: لا يجوز طلاق الصبي، وأخرج عن علي (١٧٩١٢) بإسناد صحيح: كل طلاق جائز إلا طلاقَ المعتوه، وروي هذا مرفوعًا عن أبي هريرة، أخرجه الترمذي (١١٩١). اهـ. قلت: وأثر سيدنا علي رواه البخاري تعليقًا ٧/ ٤٥، وأثر ابن عباس رواه الدارمي أيضًا (٣٣٣٧).

(٣) في (أ) و(هـ): الصبي والمجنون.

له: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «رُفِع عن أُمّتي الخطأُ والنِّسيانُ وما استُكرِهوا عليه»[١].

والْمُرادُ: حُكمُه، وهو يَشمَلُ حُكمَ الدّارَين، فيَكونان مُرادَين.

ولأن التَّصرُّفَ الشَّرعيَّ إنما يُعتبَرُ إذا صَدَر عن قصدٍ صَحيحٍ واختِيارٍ، والإكراهُ يَسلُبُ القصدَ والاختِيارَ، فلا يَقعُ طَلاقُه، كطَلاق النّائمِ.

وهذا لأن الْمُكرَهُ يَقصِدُ دفعَ الشَّرِّ عن نَفسه لا عينَ ما يَتكلَّمُ به، وهو مُضطَرٌّ إلى هذا القصدِ والاختِيارِ، ففَسَد قصدُه شرعًا؛ ألا تَرى أنه لو أُكرِه على الإقرار بالطَّلاق يَلغو إقرارُه.

بخِلاف الهازلِ؛ لأنه مُختارٌ في السَّبَب، أي في التَّكلُّم بالطَّلاق، وإن لم يكن مُختارًا لحُكمه.

ولنا: إطلاقُ ما رَوَينا[٢]، ولأن رُكنَ التَّصرُّفِ صَدَر من الأَهل مُضافًا إلى المحَلِّ عن وِلايةٍ شَرعيّةٍ، فوَجَب القولُ بالنَّفاذ، كما في الطّائع.

ولا خَفاءَ في المحَلِّيّة والوِلايةِ الشَّرعيّةِ، وكذا في الأهلِيّة؛ لأنها تكونُ بالعَقل والقصدِ الصَّحيحِ والاختِيارِ، وقد وُجِد العقلُ، وكذا القصدُ والاختِيارُ؛ لأن بالإكراه لا يَفوتُ القصدُ الصَّحيحُ.

فالْمُكرَهُ يَقصِدُ ما باشَره، ولكن لغَيره، وهو دفعُ الشَّرِّ عن نَفسه لا لعَينه، فهو كالهازِل يَقصِدُ إلى التَّكلُّم بالطَّلاق اللَّعِبَ لا عَينَه، والهَزْلُ لا يَمنَعُ وُقوعَ الطَّلاقِ، فكذا الإكراهُ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أي ما ذكره من حديث: «كل طلاق جائز».

وللمُكرَه اختِيارٌ صَحيحٌ؛ لأنه عَرَف الشَّرَّين: الهَلاكَ والطَّلاقَ، واختار أهوَنَهما، وهو الطَّلاقُ، وهذا دَليلُ صِحّةِ قصدِه واختِيارِه، إلا أن الرِّضا فائِتٌ، وفَواتُه لا يُخِلُّ بوُقوعِ الطَّلاقِ، كالهازِل.

ولأن المُكرَهُ مُخاطَبٌ، أما في غَير ما أُكرِه عليه: فظاهِرٌ، وكذا فيما أُكرِه عليه؛ لأنه أُبِيح له الإقدامُ مرّةً، ويُفترَضُ عليه طَورًا، ويَحرُمُ عليه تارةً، وذا لا يَكونُ إلا باعتِبار الخِطابِ، والخِطابُ بلا أهلِيّةٍ مُحالٌ.

وإنما لا يُحكَمُ بصِحّة رِدّتِه: لأنها تُبتنى على الاعتِقاد، وهو غيرُ مُعتقِدٍ فيما يُخبِرُ[1] به عن اعتِقاده مُكرَهًا، بخِلاف الهازِلِ؛ فإنه مُستخِفٌّ بالدِّين، والاستِخفافُ بالدِّين كُفرٌ.

وبخِلاف الإقرارِ بالطَّلاق؛ لأنه خبَرٌ[2] مُترَدِّدٌ بينَ الصِّدقِ والكذبِ، وقِيامُ السَّيفِ على رَأسه آيةُ كونِه كاذِبًا فيه.

والحُكمُ ثَبَت[3] اقتِضاءً[4] أو اشتِراكًا، فلا عُمومَ له.

وقد أُرِيد به حُكمُ الآخِرةِ إجماعًا، فلم يَبقَ الآخرُ مُرادًا.

ويَقَعُ خُلعُ السَّكرانِ وطَلاقُه وإعتاقُه عندَنا.

وفي أحَد قولَي الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَقَعُ، وهو اختِيارُ الكَرخيِّ والطَّحاويِّ، وقد نُقِل ذلك عن عُثمانَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ[5].

---

(١) في (ز): عبر.

(٢) في (ب): غير، وسقطت من (هـ).

(٣) في (ب): يثبت.

(٤) في (هـ): اقتصارًا.

(٥) روى ابن أبي شيبة (١٧٩٧٣) عن الزهري عن أبان بن عثمان عن عثمان قال: كان لا يجيز طلاق=

لأن الإيقاعَ يَعتمِدُ القصدَ الصَّحيحَ، وليس له قصدٌ صَحيحٌ، فصار كالنّائِم، بل أَقوى، فالنّائمُ يَنتبِهُ إذا نُبِّه لا السَّكرانُ.

ولأن صِحّةَ التَّكلُّمِ بالعَقل، فإذا زال العقلُ لم يكن الْمَوجودُ كَلامًا، بل هو كصَوت الطّائِرِ، وصار كزَواله بالبَنْج والدَّواءِ.

ولا يُقالُ: إن زَوالَ عقلِه بسبَبٍ هو مَعصِيةٌ، وذا سببُ التَّغليظِ عليه لا التَّخفيفِ لأنه لو ارتدَّ لا تَصِحُّ رِدّتُه، ولو اعتُبِر هذا الْمَعنى لحُكِم بصِحّة رِدّتِه.

ولنا: أنه مُخاطَبٌ أوقَع الطَّلاقَ في مَنكوحته، فلا يَعرى عن قَضِيّته؛ اعتِبارًا بالصّاحي.

وبَيانُ أنه مُخاطَبٌ: أن اللهَ تَعالى قال: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَـٰرَىٰ﴾ [النِّساء: ٤٣]، فهذا إن كان خِطابًا له في حال سُكرِه فظاهِرٌ، وكذا إن كان خِطابًا له قبلَ سُكرِه؛ لأنه لا يُقالُ للعاقِل: إذا جُنِنتَ فلا تَفعَل كذا.

ولأن الخِطابَ إنما يَتوجَّهُ باعتِدال الحالِ، وذا باطِنٌ لا يُوقَفُ عليه، فأُقِيم السَّببُ الظّاهرُ الدّالُّ عليه -وهو البُلوغُ عن عقل- مُقامَه تَيسيرًا، وبالسُّكر لم يَزُل هذا الْمَعنى.

وغَفلتُه عن نَفسه بسببٍ هو مَعصِيةٌ، فلا يَستحِقُّ به التَّخفيفَ، ولم يكن ذلك عُذرًا في الْمَنع من نُفوذ شيءٍ من تَصرُّفاته بعدَما تَقرَّر سببُه؛ لأن بالسُّكر لا يَزولُ عقلُه، ولكن عَجز عن استِعماله لغَلَبة السُّرورِ عليه.

ولئن زال فهو حاصِلٌ بسبَبٍ هو مَعصِيةٌ، فلم يُؤثِّر في إِسقاط ما بُنِي على التَّكليفُ، بل يُجعلُ باقِيًا حُكمًا؛ زجرًا وتَنكيلًا.

الا ترى انه أُلحِق بالصّاحي في حقِّ وُجوبِ القِصاصِ والحدِّ، حتى لو قَتل إنسانًا

= السكران والمجنون. قال: وكان عمر بن عبد العزيز يجيز طلاقه، ويوجع ظهره، حتى حدثنا أبان بذلك.

أو قَذَفه في هذه الحالةِ: يَجِبُ عليه الحدُّ والقِصاصُ، فلأَن يُلحَقَ بالصّاحي فيما لا يَسقُطُ بالشُّبهة أَولى.

بخِلاف البنجِ؛ فإن غفلتَه ليست بسببٍ هو مَعصِيةٌ، وما يَعتَريه نوعُ مَرضٍ، ولا يَكونُ سُكرًا حَقيقةً، فكان كالإِغماء.

وسُئِل أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عمن شَرِب البنجَ فارتَفَع إلى رَأسه، فطَلَّق امرَأتَه، قال: إن كان حينَ شَرِب[1] يَعلَمُ أنه ما هو: فهي طالِقٌ[2]، وإلا لا تَطلُقُ.

والنَّومُ يَمنَعُه من العَمَل، فلعَدَم الإيقاعِ نَقولُ بأنه لا يَقَعُ، والسُّكرُ لا يَمنَعُه من العَمَل.

والغَفلةُ بالنَّوم لم تكن عن مَعصِيةٍ.

والرُّكنُ في الرِّدّة الاعتِقادُ[3]، والسَّكرانُ غيرُ مُعتقِدٍ لما يَقولُ، فلا يُحكَمُ بردّته؛ لعَدَم رُكنِها، لا للتَّخفيف عليه بعدَ تَقرُّرِ السَّبَبِ.

ولو شَرِب الخمرَ فلم يَزُل عقلُه بالشَّرب، ولكن صُدِّع فزال عقلُه بالصُّداع: لم يَقَع طَلاقُه؛ لأنه ما زال بفِعلٍ مَحظورٍ؛ إذ الصُّداعُ مرَضٌ كسائِر الأمراضِ.

فإن قيل: الصُّداعُ حَصَل بالخَمر، فيُضافُ السُّكرُ إليها بواسِطةٍ، كما في شِراء القَريبِ.

قُلنا: الخمرُ ليس بمَوضوعٍ للصُّداع، والشِّراءُ مَوضوعٌ للمِلك، فافترَقا.

ولو أُكرِه على الشُّرب، فشَرِب حتى سَكِر، فطَلَّق.. قال بعضُ مَشايخِنا: لا يَقَعُ؛ لأنه سَكِر بسببٍ مُباحٍ.

---

(١) في (ب) و(د) و(هـ): يشرب

(٢) في حاشية (أ): بهذا أفتى بعض المتأخرين وأنا أفتي به، وفي (و): والصحيح أنه لا يقع.

(٣) في (د): في الرد والإيقاع.

وقال بعضُهم: يَقَعُ؛ لأنه زال عقلُه عندَ كَمالِ التَّلذُّذِ، وعندَ ذلك لا يَبقى مُكرَهًا.

وإن كان الأخرَسُ له إشارةٌ تُعرَفُ في نِكاحه وطَلاقِه، وبيعِه وشِرائِه: فهي كالعِبارة من النّاطِق استِحسانًا.

لأنه يَحتاجُ إلى ما[1] يَحتاجُ إليه النّاطقُ، فلو لم تُجعَل إشارتُه كعِبارة النّاطقِ لأدّى إلى الحَرَج، وهو مَدفوعٌ بالنَّصّ[2].

ويَقَعُ طَلاقُ العبدِ على امرَأته، لا طَلاقُ سيِّدِه؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لا يَملِكُ العبدُ والْمُكاتَبُ شيئًا إلا الطَّلاقَ»[3].

ولما كان الطَّلاقُ مَملوكًا للعَبد لا يَكونُ مَملوكًا لسَيِّده؛ لأن الْمِلكَ هو الاختِصاصُ الْمُطلَقُ الحاجِزُ[4].

ولأن الرِّقَّ يُنافِي مالكيّةَ المالِ؛ لكَونه مَملوكًا من هذا الوجهِ، فاستَحال أن يَكونَ مالِكًا ومَملوكًا بجِهةٍ واحِدةٍ؛ لِمُنافاةٍ بينَ صِفتَي المالِكيّةِ والْمَملوكيّةِ؛ إذ الأُولى سِمةُ القُدرةِ، والثّانيةُ سِمةُ العجزِ.

ولا يُنافِي مالِكيّةَ غيرِ المالِ؛ لكَونه غيرَ مَملوكٍ من ذلك الوجهِ، والطَّلاقُ من هذا القَبيلِ.

---

(١) في (ب): ما لا.

(٢) كما في قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٦٥: غريب، وأخرج ابن ماجه في «سننه» (٢٠٨١) في الطلاق قال: أتى النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجلٌ، فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعِد النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المنبر، وقال: «يا أيها الناس! ما بالُ أحدكم يُزَوِّج عبدَه أمتَه، ثم يريد أن يُفَرِّق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».

(٤) في (ب) و(و): الحاجر.

واعتِبارُه بالنِّساء(ف).

واعتِبارُ الطَّلاقِ بالنِّساء عندَنا، حتى يَكونُ طَلاقُ الأمةِ ثِنتَين، حُرًّا كان زوجُها أو عبدًا، وطَلاقُ الحُرّةِ ثلاثًا، حُرًّا كان زوجُها أو عبدًا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الطَّلاقُ مُعتبَرٌ بحال الرِّجالِ.

والخِلافُ يَظهَرُ في حُرّةٍ تحتَ عبدٍ، وأمةٍ تحتَ حُرٍّ.

له: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الطَّلاقُ بالرِّجال، والعِدّةُ بالنِّساء»[1]، أي اعتِبارُ الطَّلاقِ بالرِّجال؛ لأنه مُرادٌ في العِدّة، فكذا في الطَّلاق؛ قَضِيّةً للعَطف.

ولا يُقالُ: يُرادُ به إيقاعُ الطَّلاقِ: لأن ذا مَعلومٌ لا[2] يَحتاجُ إلى البَيان.

ولأن صِفةَ المالِكيّةِ كَرامةٌ في حقِّ المالكِ، وأهلِيّةُ استِحقاقِ الكَراماتِ بوَصف الآدَميّةِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، فوَجَب أن يَزدادَ بزِيادة هذا الوصفِ، ويَنتقِصَ بنُقصانه.

ومَعنى الآدَميّةِ في الحُرِّ أوفرُ؛ لأن العبدَ يَشتمِلُ على جِهة الآدَميّةِ والماليّةِ، ولهذا يُباعُ في الأَسواق كما تُباعُ الأموالُ، وتَجِبُ القِيمةُ في قَتله كما في قَتل البَهيمةِ، فكانَت مالِكيّتُه أكثرَ، وحينَئذٍ يَملِكُ الحُرُّ الذي تحتَه أمةٌ أكثرَ مما يَملِكُه العبدُ الذي تحتَه حُرّةٌ، وفيه وَقَع النِّزاعُ.

---

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٢٥: غريب مرفوعًا، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٨٢٥١) موقوفًا على ابن عباس... ورواه الطبراني في «معجمه» (٩٦٧٩) موقوفًا على ابن مسعود ... قال ابن الجوزي في «التحقيق»: وقد روى بعضهم عن ابن عباس عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: (الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء)، قال: وإنما هذا من كلام ابن عباس. انتهى. ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» موقوفًا على عثمان (١٢٩٤٦)، وزيد بن ثابت (١٢٩٤٦)، وابن عباس (١٢٩٥٠).

(٢) سقطت من (هـ).

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «طَلاقُ الأمةِ ثِنتان»[1]، ذَكَرها مُحلّاةً بالألِف واللّامِ، فيَتناوَلُ الجنسَ، فيَكونُ طَلاقُ الأمةِ التي تحتَ حُرٍّ ثِنتَين، وفيه وَقَع النِّزاعُ.

ولأن حِلَّ المحَلِّيّةِ -وهو حِلُّ تَزوُّجِها بالرَّجُلِ- نِعمةٌ في حقِّها كما هو نِعمةٌ في حقِّه؛ لأن هذا حِلٌّ مُشترَكٌ بينَهما، يَنبَني عليه مَقاصِدُ مُشتركةٌ، كحِلِّ الاستِمتاعِ والازدِواجِ، وإليه أَشار اللهُ تَعالى بقَوله: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [المُمْتَحَنَة: ١٠].

وللرِّقِّ أثرٌ في تَنقيص النِّعَمِ، فيَكونُ الحِلُّ للحُرِّ أزيدَ منه للعَبد، كما أن حِلَّ رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أزيدُ بسَبَب النُّبُوّةِ[2]، فيَملِكُ الحُرُّ تزوُّجَ أربعٍ، والعبدُ ثِنتَين، ويَكونُ حِلُّ حُرّةٍ تحتَ عبدٍ أوسعَ من حِلِّ أمةٍ تحتَ حُرٍّ، وفيه وَقَع النِّزاعُ.

ولأن الطَّلاقَ تَصرُّفٌ يَنبَني على الحِلّ، فيَتقدَّرُ بقَدْر الحِلّ كأَصل النِّكاحِ، وحِلُّ الرَّجُلِ يَتنصَّفُ برِقِّ الرَّجُلِ، فكذا حِلُّ الْمَرأةِ يَتنصَّفُ برِقِّ الْمَرأةِ.

ثم الحُرّةُ تَملِكُ أن تَتزوَّجَ برَجُلٍ ثَلاثَ مرّاتٍ، فوَجَب أن تَملِكَ الأمةُ مرّةً ونِصفًا، إلا أن العقدَ لا يَتجزَّأُ، فتَملِكُ عَقدَين.

ومَعنى ما رَوى[3]: أن[4] إيقاعَ الطَّلاقِ بالرِّجال؛ لأن الطَّلاقَ متى أُضِيف إلى الرِّجال يُرادُ به الإيقاعُ.

---

(١) رواه أبو داود (٢١٨٩) بلفظ: «طلاق الأمة تطليقتان، وقرؤها حيضتان» وذكر طريقًا آخر وفيه «وعدتها حيضتان» قال أبو داود: وهو حديث مجهول، والترمذي (١١٨٢) بلفظ: تطليقتان بدل ثنتان، وابن ماجه (٢٠٧٩).

(٢) تقدم الكلام عن هذا.

(٣) أي الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ من حديث: «الطَّلاقُ بالرِّجال، والعِدّةُ بالنِّساء».

(٤) مثبتة من (هـ).

ولأنه مُرادٌ إجماعًا، فلم يَبقَ غيرُه مُرادًا؛ لأن المُقتضَى لا عُمومَ له.

وقيل: إنه كَلامُ زَيدٍ لم يَثبُت مَرفوعًا إلى النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ[1]، واللهُ المُوفِّقُ.

(١) انظر تخريجه قبل قليل.

بَابُ إيقَاعِ الطَّلَاقِ

وصَريحُه[1]: كـ(أنتِ طالِقٌ)، و(مُطلَّقةٌ)، و(طَلَّقتُكِ): تقَعُ واحِدةٌ رَجعيَّةٌ.
وإن[2] نَوى الأكثرَ[ف]، أو الإبانةَ، أو لم يَنوِ شيئًا.

الطَّلاقُ على ضَربَين: صَريحٌ، وكِنايةٌ.

فالصَّريحُ نحوُ: (أنتِ طالِقٌ)، و(مُطلَّقةٌ)، و(طَلَّقتُكِ).

فيَقَعُ به الطلَّاقُ الرَّجعيُّ؛ لأن الصَّريحَ ما ظَهَر الْمُرادُ به[3] ظُهورًا بيِّنًا، بحيث يَسبِقُ إلى فَهم السّامعِ مُرادُه، وذا إنما يَكونُ عندَ كَثرةِ الاستِعمالِ.

وهذه الألفاظُ يُرادُ بها الطَّلاقُ عن النِّكاح عُرفًا، وتُستعمَلُ فيه لا في غَيره، فكان صَريحًا.

وهو مُعقِبٌ للرَّجعة بالنَّص، قال اللهُ تَعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٩].

---

(١) صَرُح الشيءُ -بالضم- صراحة وصُروحة: خَلُص من تعلقات غيره، فهو صريح، وعربي صريح: خالص النَّسب، والجمع صُرَحَاء، وكل خالص: صريح، ومنه: القول الصريح، وهو الذي لا يفتقر إلى إضمار أو تأويل. «المصباح» ١/ ٣٣٧.

الطلاق الصريح: هو أن يطلق زوجته بلفظ لم يستعمل إلا في الطلاق. «التعريفات الفقهية» ص١٣٧.

(٢) إن هنا وصلة.

(٣) في (و): منه. نسخة.

وقال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١].

ولا يَفتقِرُ إلى النيّة؛ لأنه ظاهِرُ الْمُرادِ، فتعلَّق الحُكمُ بعَين[1] الكَلامِ، وقام مَقامَ مَعناه، فاستَغنى عن النيّة.

وكذا إذا نَوى الإبانةَ فإنه يَكونُ مُعقِبًا للرَّجعة؛ لأن الإبانةَ في هذه الألفاظِ مُعلَّقةٌ بانقِضاء العِدّةِ، فهو بنيتِه أَراد تَنجيزَ ما عَلَّق الشَّرعُ بانقِضاء العِدّةِ، فيُرَدُّ عليه.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ)، ونَوى به الطَّلاقَ من وَثاقٍ: لم يُصدَّق قَضاءً، ويُديَّنُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى؛ لأن هذا اللَّفظَ يُستعمَلُ لإزالة مِلكِ النّكاحِ، فصار كالْمَوضوع له، وما عَداه بمَنزِلة الْمَجازِ.

فإذا عَدَل عن حَقيقة كَلامِه لم يُصدَّق قَضاءً؛ لأنه خِلافُ الظّاهِرِ، ودُيِّن فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى؛ لأنه يَحتمِلُه.

ولو صَرَّح وقال: (أنتِ طالِقٌ من وَثاقٍ): لم يَقَع في القَضاء شيءٌ؛ لأنه صَرَّح بما يَحتمِلُه كَلامُه.

ولو نَوى به الطَّلاقَ عن العَمَل: لم يُديَّن في القَضاء ولا فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى؛ لأنه نَوى ما لا يَحتمِلُه لفظُه؛ لأن لفظَ الطَّلاقِ لا يُستعمَلُ في العَمَل حَقيقةً ولا مَجازًا؛ لأنه لرَفع القيدِ، وهي غيرُ مُقيَّدةٍ بالعَمَل، فلم تَصِحَّ نِيّتُه.

وعن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ: أنه يُديَّنُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى؛ لأن الإطلاقَ[2] عن

---

(١) في (ب): بغير.

(٢) في (د) و(و) و(ز): الطلاق.

العَمَل يَردُفُه[1] التَّخليصُ، فصَحَّت نِيَّتُه مَجازًا.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ من عمَلِ كذا) وَقَع الطَّلاقُ قَضاءً، لا فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى؛ لأن الْمَرأَةَ إذا لم تكن مُقيَّدةً بالعَمَل كان قولُه: (من هذا العمَلِ) بيانًا صُورةً لا حَقيقةً.

ولا[2] يُصدَّقُ قَضاءً باعتِبار الحَقيقةِ[3]، ويُديَّنُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى؛ لوُجود البَيانِ صُورةً.

ولو قال: (أنتِ مُطْلَقةٌ) بسُكون الطّاءِ: لا تَطلُقُ بلا نِيّةٍ؛ لأن الإطلاقَ لم يُستعمَل في الْمَرأة عُرفًا، فلم يكن صَريحًا، فاحتِيج إلى النِّيّة.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ)، وقال: (لم أعنِ الطَّلاقَ عن وَثاق النِّكاحِ): يَقَعُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، كما يَقَعُ في القَضاء؛ لأن هذا الاسمَ صار للطَّلاق عن وَثاق النِّكاحِ عُرفًا وشرعًا، وإن[4] كان في حَقيقة اللُّغةِ عِبارةً عن إطلاق القيدِ مُطلَقًا.

والاسمُ متى ثَبَت لغَير ما وُضِع له عُرفًا وشرعًا صار لذلك حَقيقةً، ولِمَا وُضِع له مَجازًا.

وحَقيقةُ الكَلامِ لا يَندفِعُ حُكمُه إلا بإرادة الْمَجازِ، أما بمُجرَّد تركِ نِيّةِ الحَقيقةِ بلا نِيّة الْمَجازِ: لا يَندفِعُ حُكمُ الحَقيقةِ؛ لأن النِّيّةَ ليست بشرطٍ لثُبوت حَقيقةِ اللَّفظِ، فلا يَمتنِعُ ثُبوتُ حُكمِ الحَقيقةِ بتَرك النِّيّةِ.

فالحاصِلُ: أن الكَلامَ أربَعةُ أنواعٍ:

---

(١)، في (ب): يراد به، وفي (ج) و(هـ): لم يرد فيه، وفي حاشية (ز): قد يراد به. نسخة.

(٢) في (د) و(و) و(ز): فلا.

(٣) في (ب): القضاء.

(٤) في (أ) و(ب) و(ج): ولئن.

حَقيقةٌ وَضعيّةٌ، وحُكمُه لا يَندفِعُ ما لم يَنوِ الْمَجازَ.

وحَقيقةٌ عُرفيّةٌ وشَرعيّةٌ، وحُكمُه لا يَندفِعُ أيضًا ما لم يُنوَ الْمَجازُ؛ لالتِحاقِها بالحَقيقةِ الوَضعيّةِ.

ومَجازٌ مُتعارَفٌ، ومُطلَقُ اللَّفظِ يَنصرِفُ إليه، ولكن إذا نَوى أن لا يَثبُتَ ذلك لا يَثبُتُ، وإن لم يَنوِ غيرَه.

ومَجازٌ غيرُ مُتعارَفٍ، وإنه لا يَثبُتُ بمُطلَقِ الكَلامِ إلا بالنِّيّة.

ولا يَقَعُ بهذه الألفاظِ إلا واحِدةٌ، وإن نَوى أكثرَ من ذلك.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَقَعُ ما نَوى، وبه قال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه مُحتمَلُ لفظِه؛ فإنَّ ذِكرَ الطّالِقِ ذِكرٌ للطَّلاق لُغةً؛ لأنها لا تَكونُ طالِقًا بلا طَلاقٍ[1]، كذِكر العالِمِ ذِكرٌ للعِلم، وذِكرِ الضّاربِ ذِكرٌ للضَّرب، فصار كما لو صَرَّح به.

ولو صَرَّح به تَصِحُّ نِيّةُ الثّلاثِ، كذا هنا.

ألا تَرى أنه يَصِحُّ تَفسيرُه بالثَّلاث، بأن يَقولَ: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا)، ولو لم يكن مُحتمِلًا للثَّلاث لَمَا صحَّ تَفسيرُه بالثَّلاث، ولهذا تَصِحُّ نِيّةُ الثّلاثِ في (أنتِ بائِنٌ)، وهو كِنايةٌ، فلَأَن يَصِحَّ في (أنتِ طالِقٌ) وهو صَريحٌ.. أَولى؛ إذ الصَّريحُ أَقوى.

ولنا: أنه نَوى ما لا يَحتمِلُه لفظُه، فلَغت نِيّتُه، كما لو قال لها: (حُجِّي)، أو (زُوري أباكِ)، ونَوى طَلاقًا.

وهذا لأن قولَه: (أنتِ طالِقٌ) نعتُ فردٍ؛ لأنها صِفةٌ للمَرأة الواحِدةِ، ولهذا يُقالُ للثِّنتَين: طالِقان، وللثّلاث: طَوالِقُ، فلا يَحتمِلُ العدَدَ؛ إذ الفردُ ضِدُّ العدَدِ، والشَّيءُ لا يَحتمِلُ ضِدَّه.

---

(١) في (ب): طالق.

وإذا لم يَحتمِل العدَدَ لا تَصِحُّ نِيّتُه؛ لأنها لتَعيين بعضِ مُحتمَلاتِ اللَّفظِ، فإذا لم يكنِ الْمَنويُّ من مُحتمَلات اللَّفظِ فقد تَجرَّدت النِّيّةُ عن اللَّفظ الدّالِّ عليه، والنّيّةُ الخاليةُ عن اللَّفظ الدّالِّ عليها لا تُفيدُ.

وذِكرُ الطّالِقِ ذِكرٌ لطَلاقٍ هو عِبارةٌ عن الانطِلاق[1] الذي هو صِفةُ المحَلِّ، كذِكر العالِمِ، لا لفِعل التَّطليقِ، وذا[2] ثَبَت اقتِضاءً، فلا عُمومَ له؛ لأن الثّابتَ اقتِضاءً لتَصحيح الكَلامِ عدَمٌ فيما وراءَه.

ونِيّةُ الثّلاثِ أمرٌ وراءَ الوُقوعِ، فلا يَكونُ ثابِتًا في حقِّه، فلا تَصِحُّ نِيّتُه.

والعدَدُ الْمَقرونُ به نعتٌ لِمَصدَرٍ مَحذوفٍ، كما تَقولُ: (أعطَيتُه جَزيلًا)، و(أطعَمتُه هَنيًّا)، أي عَطاءً جَزيلًا، وطَعامًا هَنيًّا.

وهذا بخِلاف ما لو قال: (طَلِّقي نفسَكِ)، ونَوى ثَلاثًا؛ فإن نِيّةَ الثَّلاثِ لم تَصِحَّ باعتِبار العدَدِ، حتى لو نَوى ثِنتَين لا يَصِحُّ.

وإنما صحّ: لأنه نَوى[3] كلَّ التَّطليقِ، والأمرُ بالفِعل يَتناوَلُ الْمَصدَرَ، وإنه اسمُ جِنسٍ له كلٌّ وبعضٌ، فإذا نَوى الكلَّ فقد نَوى ما يَحتمِلُه لفظُه.

ولا يُقالُ: (أنتِ طالِقٌ) يَتضمَّنُ الطَّلاقَ، وإنه اسمُ جِنسٍ له كلٌّ وبعضٌ؛ لأن النَّعتَ يَدُلُّ على الْمَصدَر الثّابتِ بالْمَوصوف لُغةً؛ ليَصيرَ الوصفُ من الْمُتكلِّم بِناءً عليه.

فأما أن يَصيرَ الوصفُ ثابِتًا[4] بالواصِف تَصحيحًا لوَصفه[5]: فأمرٌ شَرعيٌّ لا لُغَويٌّ،

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): الطلاق.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): وإذا.

(٣) مثبتة في (ج) و(هـ).

(٤) في (ج) و(هـ): بائنًا، وفي باقي النسخ غير منقوطة، والمثبت من (ب).

(٥) في (ب): للوصف، وفي (ج): لوصف.

فكان ضَروريًا، فلا يَقبَلُ العُمومَ.

وبخِلاف (أنتِ بائِنٌ) ونحوِه؛ لأن نِيّةَ الثَّلاثِ ما صَحَّت ثَمّ؛ لأنه نَوى العدَدَ؛ ألا تَرى أنه لو نَوى الثِّنتَين لا يَصِحُّ.

وإنما صَحَّت: لأنه وَصَفها بالبَينونة، وهي نَوعان: غَليظةٌ، وهي: ما يَحصُلُ بالثَّلاث، وخَفيفةٌ، وهي: ما يَحصُلُ بواحِدةٍ، وله وِلايةُ تَعيينِ إِحداهما، فإذا نَوى الثَّلاثَ فقد عَيَّن إِحداهما، وهي مُتضمِّنةٌ للثَّلاث، فصَحَّت نِيّةُ الثَّلاثِ من حيث إنه تَعيينُ أحدِ[1] نوعَي البَينونةِ.

فإن قِيل: الانطِلاقُ[2] مُتنوِّعٌ أيضًا.

قُلنا: هو عِبارةٌ عن ارتِفاع القيدِ، وهو مما لا يَتنوَّعُ؛ لأنه عِبارةٌ عن عَدَم القيدِ في المحلّ، والعدَمُ ليس بشيءٍ حتى يَتنوَّعَ.

ولأنه لا يُتصوَّرُ في المحلِّ أكثرُ من قيدٍ واحِدٍ، فلا يُتصوَّرُ الارتِفاعُ أكثَرَ من واحِدٍ؛ ألا تَرى أنه في الحَقائِق لا يَتنوَّعُ، فكذا في الشَّرعيّات.

بخِلاف البَينونةِ؛ فإنه يَتنوَّعُ في الحِسِّيّات؛ فإنه قد يَبينُ[3] الشَّيءُ عن الشَّيء على وجهٍ لا يَحتمِلُ الاتِّصالَ، وقد يَكونُ على وجهٍ يَحتمِلُه، ولَمّا تَنوَّعت[4] في الحِسِّيّات جاز أن تَتنوَّعَ في الشَّرعيّات.

وقولُه: (طَلَّقتُكِ) لا يَحتمِلُ العدَدَ، كقَولك[5]: قُمتُ وقَعَدتُ، والطَّلاقُ الواقِعُ

(١) في (أ) و(ز): إحدى.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): الطلاق.

(٣) في (هـ): يتبين.

(٤) في (ب): تنوع.

(٥) في (ب) و(ج) و(هـ): كقوله.

ثَبت اقتِضاءً؛ تَصحيحًا لكَلامه، فكان ضَروريًا، وهذه مَسألةٌ لا تُعرَفُ حَقيقتُها إلا بما شَرَحت في «شرح أُصولِ الفِقهِ».

ولا يَلزَمُ إذا قال: (أنتِ طالِقٌ للسُّنّة) ونَوى الثَّلاثَ؛ حيث يَصِحُّ: لأنه رُوِي عن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ: أنه لا[1] يَصِحُّ، وبعدَ التَّسليمِ لا يَلزَمُ؛ فإن السُّنّةَ صِفةٌ لتَطليقٍ مَحذوفٍ؛ إذ الفِعلُ هو الذي يُوصَفُ بالسُّنّة، وذِكرُ الصِّفةِ ذِكرٌ للمَوصوف لُغةً.

فصار كأنه قال: (أنتِ طالِقٌ تَطليقًا للسُّنّة)، ولو قال هكذا صَحَّت نِيّةُ الثَّلاثِ فيه، كذا هنا.

وقد بَيَّنّا اختِلافَ الرِّوايتَين في هذه الْمَسألةِ فيما تَقدَّم.

وفي (أنتِ الطَّلاقُ)، أو (أنتِ طالِقٌ الطَّلاقَ)، أو (طَلاقًا): تَقعُ واحِدةٌ رَجعيّةٌ بلا نِيّةٍ، أو نَوى واحِدةً، أو ثِنتَين، وإن نَوى ثَلاثًا فثَلاثٌ.

ولو قال: (أنتِ الطَّلاقُ[2])، أو (أنتِ طالِقٌ الطَّلاقَ)، أو (أنتِ طالِقٌ طَلاقًا)، أو (أنتِ طَلاقٌ).. فإن لم يكن له نِيّةٌ، أو نَوى واحِدةً أو ثِنتَين: فهي واحِدةٌ رَجعيّةٌ، وإن نَوى ثَلاثًا: فثَلاثٌ.

فوُقوعُ الطَّلاقِ باللَّفظة الثّانيةِ والثّالثةِ ظاهِرٌ؛ إذ لو ذَكَر الطّالِقَ[3] وحدَه يَقعُ، فإذا ذَكَره مع الْمَصدَرِ الْمُؤكِّدِ له أَولى.

وأما وُقوعُه باللَّفظة الأُولى والرّابعةِ: فلِأَنَّ الْمَصدَرَ يُرادُ به الاسمُ، تَقولُ: رَجُلٌ عَدْلٌ: أي عادِلٌ، وقال:

---

(١) سقطت من (د).

(٢) في (و): الإطلاق.

(٣) في (ج) و(د) و(و): الطلاق.

. . . . فــإنــمــا هـــي إقـــبـــالٌ وإدبــارُ

أي مُقبِلةٌ ومُدبِرةٌ، فصار كـ (أنتِ طالِقٌ).

أو يَكونُ على حَذف الْمُضافِ، كأنه قال: (أنتِ ذاتُ الطَّلاقِ).

ولا يَحتاجُ إلى النيَّة، ويَكونُ رَجعيًا؛ لأنه صَريحٌ؛ لغَلَبة الاستِعمالِ فيه.

وتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلاثِ، ولا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَين، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن الثِّنتَين بعضُ الثَّلاثِ، وقد صَحَّت نِيَّةُ الثَّلاثِ إجماعًا، فتَصِحُّ نِيَّةُ بعضِها ضَرورةً.

ولنا: أن نِيَّةَ الثَّلاثِ إنما صَحَّت لأن الطَّلاقَ مَصدَرٌ، وهو اسمُ جِنسٍ، فيَتناوَلُ الأَدنى، ويَحتمِلُ الكلَّ، كسائرِ أسماءِ الأجناسِ، فإذا نَوى الثَّلاثَ فإنما يَصِحُّ لأنه كلُّ الجِنسِ، لا لأنه عدَدٌ.

كما لو حَلَفَ أن لا يَشرَبَ الماءَ، فإنه لو نَوى جَميعَ الْمِياهِ يَصِحُّ، وإن لم يَنوِ شيئًا يَنصرِفُ إلى أَدنى ما يَنطلِقُ عليه الاسمُ، وإن نَوى قدَحًا أو قدَحَين لا يَصِحُّ.

وهذا لأن مَعنى التَّوحُّدِ يُراعى في أَلفاظ الوُحدانِ، وذا بالفَرديّة؛ لتَوحُّدها حَقيقةً وحُكمًا، أو الجِنسيّةِ؛ لتَفرُّدها حُكمًا؛ لأنَّك لو عَدَدتَ الأجناسَ كان هذا بأَجزائه واحِدًا، وليست بفردٍ حَقيقةً؛ إذ هي أجزاءٌ مُتعدِّدةٌ، فصار هذا الاسمُ الفردُ واقِعًا على الكلِّ بصِفة أنه واحِدٌ.

ولَمّا كان الأدنى فردًا حَقيقةً وحُكمًا كان أَولى[1] بالاسم الفردِ عندَ الإطلاقِ، والآخَرُ مُحتمِلًا.

---

(١) في (هـ): أولاً.

والمُثنّى ليس بفردٍ حَقيقةً وحُكمًا، فلا يَتناوَلُه الفردُ، حتى لو كانَت المَنكوحةُ أمةً تَصِحُّ نِيّةُ الثِّنتَين باعتِبار مَعنى الجِنسيّةِ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ الطَّلاقَ)، وقال: (عَنَيتُ بقَولي: طالِقٌ.. واحِدةً، وبقَولي: الطَّلاقَ.. أُخرى): صُدِّق؛ لأن كلَّ واحِدٍ يَصلُحُ للإيقاع بإضمار (أنتِ)، فصار كقَوله: (أنتِ طالِقٌ أنتِ طالِقٌ)، فيَقَعُ رَجعيّتان إن كانَت مَدخولًا بها، وإلا لَغا الكَلامُ الثّاني.

أَضاف الطَّلاقَ إليها، أو إلى ما عُبِّر به عن كلِّها، كالرَّقَبة[1]، والعُنُقِ[2]، والرُّوحِ، والبَدَنِ[3]، والجَسَدِ[4]، والفرجِ، والوجهِ، أو إلى جُزءٍ شائعٍ، كنِصفها، وثُلُثِها: تَطلُقُ.

ولا يَقَعُ الطَّلاقُ عندَنا إلا أن يُضيفَ إلى عُضوٍ جامعٍ، أو جُزءٍ شائعٍ.

---

(١) الرقبة: مؤخر أصل العنق، وجمعها رَقَبٌ ورَقَبات ورِقاب. «المختار» ص١٢٦.

(٢) العنق: الرقبة، وهو مذكر، والحجاز تؤنث، فيقال: هي العنق، والنون مضمومة للإتباع في لغة الحجاز، وساكنة في لغة تميم، والجمع أعناق. «المصباح» ٢/ ٤٣٢.

ويكون ذكر العنق مع الرقبة من باب الترادف عند من يقول به، أو من باب الخاص والعام على ما بيته من كلام «المختار» و«المصباح».

(٣) البدن من الجسد: ما سوى الرأس والشَّوى -أطراف الجسم-، قاله الأزهري، وعبر بعضهم بعبارة أخرى فقال: هو ما سوى المَقَاتل. «المصباح» ١/ ٣٩.

وقال الراغب في «المفردات» ص١١٢: البدن: الجسد، لكن البدن يقال اعتبارًا بعِظَم الجثة، والجسد يقال اعتبارًا باللون، ومنه قيل: ثوب مجَسّد - أي صُبغ بالجِساد وهو الزعفران كما في «المصباح» ١/ ١٠١ -، ومنه قيل: امرأة بادن وبدين: عظيمة البدن.

(٤) الجسد: جمعه أجساد، ولا يقال لشيء من خلق الأرض جسد، وقال في «البارع»: لا يقال الجسد إلا للحيوان العاقل، وهو الإنسان والملائكة والجن، ولا يقال لغيره جسد إلا للزعفران وللدم إذا يَبِس أيضًا، جسد وجاسد، وقوله تعالى: ﴿فَأَخْرَجَ لَهُمْ عِجْلًا جَسَدًا﴾ [طه: ٨٨] أي ذا جثة، على التشبيه بالعاقل وبالجسم. «المصباح» ١/ ١٠١

أما الأوَّلُ: فأن يُضيفَ الطَّلاقَ إلى جُملتها، كقَوله: (أنتِ طالِقٌ)؛ لأن التّاءَ ضَميرُ الْمَرأةِ، فيَكونُ الطَّلاقُ مُضافًا إلى جُملتها.

أو إلى ما يُعبرَّ به عن الجُملة، كقَوله: (رَقَبَتُكِ طالِقٌ)، و(عُنُقُكِ)، و(روحُكِ)، و(بدَنُكِ)، و(جسَدُكِ)، و(فرجُكِ)، و(رأسُكِ)، و(وجهُكِ)؛ لأن هذه الألفاظَ يُعبرَّ بها عن جَميع البدَنِ.

أما الجسَدُ والبدَنُ: فظاهِران.

وأما الرَّقَبَةُ: فلقَوله تَعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النِّسَاء: ٩٢]، أي تَحريرُ مَملوكٍ، ولم تُرِد الرَّقَبةُ بعينها.

وأما العُنُقُ: فلقَوله تَعالى: ﴿فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ﴾ [الشُّعَرَاء: ٤]، وأُريد بها الذَّواتُ، ولهذا لم يَقُل: (خاضِعةً)، ولو أُريد بها حَقيقةُ العُنُقِ لقِيل: (خاضِعةً).

وأما الرُّوحُ: فلأنه يُقالُ: (هَلَكَ[١] روحُه)، ويُرادُ نفسُه.

وأما الفرجُ: فلقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَعَن اللهُ الفُروجَ على السُّروج»[٢]، أي النِّساءَ.

وأما الرَّأسُ: فلأنه يُقالُ: (هؤلاء رُؤَوسُ[٣] العرَبِ)، ويُقالُ: (أمرِي حسَنٌ ما دام

(١) في (ب): يملك، وفي (ج): هالك، وفي (هـ): مالك، وفي (و): يهلك.

(٢) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٧١: لم أجده، والمصنف استدل به على الفرج من الأعضاء التي يعبر بها عن جملة الشخص كالوجه، والذي وجدناه من حديث ابن عباس رفعه: نهى ذواتِ الفروج أن يركبن السروج، أخرجه ابن عدي (١٣٤٣) بإسناد ضعيف، وليس في لفظه المقصودُ. اهـ.

قلت: وأصل الكلام للعلامة الزيلعي ٣/ ٢٢٨ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فإنه شنع على العلامة التركماني استشهاده بحديث ابن عدي في هذا المورد، إذ الوجه هو كما ذكره ابن حجر مع أن حديث ابن عدي فيه التصريح بجملة المرأة لا جزئها.

(٣) في سوى (و): رؤساء. وانظر «المبسوط» ٦/ ٨٩، و«التبيين» ٢/ ٢٠٠.

رأسُك)، أي ما دُمتَ باقِيًا.

وأما الوجهُ: فلقَوله تعَالى: ﴿وَيَبْقَىٰ وَجْهُ رَبِّكَ﴾ [الرَّحْمَٰن : ٢٧] ، ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُۥ﴾ [القَصَص : ٨٨] ، جاء في التَّفسير أن مَعناه: إلا هو[١].

ومنه: الدَّمُ في رِواية كِتابِ الكَفالةِ، يُقالُ[٢]: (دمُه هدَرٌ): أي نفسُه، وفي رِواية كِتابِ العَتاقِ: لا تَطلُقُ.

ومنه النَّفسُ، وهو ظاهِرٌ.

وإذا كان مما يُعبَّرُ به[٣] عن جَميع البدَنِ صار البدَنُ مَذكورًا كِنايةً، والْمَذكورُ كِنايةً كالْمَذكور صَريحًا.

وأما الثّاني: فمِثلُ قولِه[٤]: (نِصفُكِ طالِقٌ)، أو (ثُلُثُكِ)، أو (عُشْرُكِ)، أو (جُزءٌ من أَلف جُزءٍ منكِ)؛ لأن الجُزءَ الشّائعَ محَلٌّ لسائِر التَّصرُّفاتِ، كالبَيع ونحوِه، فكذا يَكونُ محَلًّا للطَّلاق، إلا أن النَّفسَ تَتجزَّأُ في حقِّ البيعِ، فيَقتصِرُ على الجُزء الْمُضافِ إليه ولا يَتعدّى إلى الكلّ؛ لأنه لا ضَرورةَ إلى التَّعدِّي.

وأمكَن القولُ بالاقتِصار: لكَونه مُفيدًا؛ إذ الفائِدةُ الْمَطلوبةُ من الْمِلك الانتِفاعُ، والانتِفاعُ على سَبيل التَّهايُؤِ[٥] مُمكِنٌ، ولا يَتجزَّأُ في حقِّ الطَّلاقِ؛ لعَدَم الإمكانِ، فيَثبُتُ في الكلِّ ضَرورةً.

---

(١) انظر «تفسير» الطبري ١٨/ ٣٥٣.

(٢) في (ج): فقال.

(٣) مثبتة من (ب) و(هـ)، وفي (ز) شطبت.

(٤) في (ب): قولك.

(٥) في (ج): التهاير.

وإلى اليَد، والرِّجلِ، والدُّبُرِ: لا(ز ف).

ولو قال: (يدُكِ طالِقٌ)، أو (رِجلُكِ طالِقٌ)، أو (إصبَعُكِ)، أو (دبُرُكِ): لم تَطلُق. خِلافًا لزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وكذا الخِلافُ في كلِّ جُزءٍ مُعيَّنٍ لا يُعبَّرُ به عن جَميع البدَنِ.

وكذا العَتاقُ والظِّهارُ والإيلاءُ، وكلُّ سبَبٍ من أَسباب الحُرمةِ على هذا الخِلافِ.

وما كان من أَسباب الحِلِّ لا تَصِحُّ إضافتُه إلى الجُزء الْمُعيَّنِ بلا خِلافٍ.

لهما: أنه أَضاف الطَّلاقَ إلى جُزءٍ مُستمتَعٍ به بعَقد النِّكاحِ، فوَجَب أن يَصِحَّ قِياسًا على ما إذا أَضافه إلى جُزءٍ شائعٍ؛ وهذا لأنه إذا كان مُستمتَعًا بعَقد النِّكاحِ كان قابِلًا لحُكم الطَّلاقِ؛ لأنه لرَفع حُكمِ النِّكاحِ، فيَكونُ محلُّه ما هو محَلُّ حُكمِ النِّكاحِ.

وكونُه مُستمتَعًا به -أي حَلالَ الاستِمتاعِ- آيةُ[1] كونِه محَلَّ حُكمِ النِّكاحِ؛ إذ الحُكمُ الأصليُّ في النِّكاح الحِلُّ.

وإذا صَحَّت إضافةُ الطَّلاقِ إليه يَثبُتُ الحُكمُ فيه قَضِيّةً لإِضافة الطَّلاقِ إليه، ثم يَسري إلى الكلّ، كما في الجُزء الشّائعِ.

ولا يَلزَمُ أنه لا يَصِحُّ إضافةُ النِّكاحِ إليه، ولو كان محَلًّا لصَحَّت: لأنه مع قِيامِ المحَلِّيّةِ لا يَصِحُّ إضافةُ النِّكاحِ إليه؛ لأن التَّعدِّيَ إلى سائِر الأجزاءِ غيرُ مُمكِنٍ؛ لأن قِيامَ الحُرمةِ في سائِر الأجزاءِ مَنَع[2] من تَعدِّي الحِلِّ إليها؛ إذ الحُرمةُ تَغلِبُ الحِلَّ.

وفيما نحن فيه استَقامت التَّعديةُ إلى سائِر الأجزاءِ؛ تَغليبًا للحُرمة على الحِلّ.

---

(١) في (ج) و(د) و(هـ): أنه.

(٢) في (هـ): يمنع.

والدَّليلُ على تَغليب الحُرمةِ على الحِلّ: أنه لو قال: (أنتِ طالِقٌ شهرًا) يَقَعُ الطَّلاقُ مُؤبَّدًا، ولو قال: (تزوَّجتُكِ شهرًا) لم يَجُز، ولهذا قُلتُ[١]: لا يَصِحُّ إضافةُ النِّكاحِ إلى الجُزء الشّائعِ، ويَصِحُّ إضافةُ الطَّلاقِ إليه.

ولنا: أنه أَضاف الطَّلاقَ إلى غَير محَلِّه، فيَلغو، كما إذا أَضافه إلى دَمعها، أو رِيقِها، أو ظُفُرِها؛ وهذا لأن الطَّلاقَ وُضِع لرَفع القيدِ، فيَكونُ[٢] محَلُّه ما يَكونُ فيه القيدُ، وليس في اليَد قيدٌ، ولهذا صحَّ النِّكاحُ والطَّلاقُ وإن لم يكن لها يدٌ، ولو أَضاف النِّكاحَ إليه لا يَصِحُّ.

بخِلاف الجُزءِ الشّائعِ؛ لأنه يَصِحُّ[٣] إضافةُ النِّكاحِ إليه عندَنا، فيَكونُ محَلًّا للنِّكاح، فيَكونُ محَلًّا للطَّلاق.

والتَّعدِّي من محَلٍّ أُضِيف إليه التَّصرُّفُ إلى محَلٍّ آخرَ.. إنما يَستقيمُ إنْ لو صَلَح المحَلُّ الذي أُضِيف إليه التَّصرُّفُ مُستتبِعًا للجُزء الذي لم يُضَف إليه التَّصرُّفُ، وإنما يَصلُحُ مُستتبِعًا له إن لو كان أصلًا بنفسه، فيَستتبِعُ غيرَه في الحُكم.

والجُزءُ الشّائعُ أصلٌ في نَفسه[٤]؛ إذ لا وُجودَ للمحَلِّ[٥] بدُونه، فجاز أن يَستتبِعَ جُزءًا مِثلَه في الحُكم تَصحيحًا لتَصرُّفه؛ إتباعًا للبَعض -الذي لم يَثبُت الحُكمُ فيه بعَدَم[٦] الدَّليلِ- ....

(١) سقطت من (ب) و(ج) و(هـ).

(٢) في (و): ليكون.

(٣) في (د): يصلح.

(٤) في (ب): أصل في حكمه نفسه.

(٥) في (ز): للحل.

(٦) في (ب) و(هـ): لعدم.

البعضَ(١) الذي ثبَت الحُكمُ فيه بالدَّليل(٢).

أما الجُزءُ المُعيَّنُ: فتابِعٌ في نَفسه في حقِّ محلِّيَّةِ الحُكمِ، على مَعنى أنه يُتصوَّرُ وُجودُ المحَلِّ، ووُجودُ حُكمِ التَّصرُّفِ بدُونه، فلو قُلنا بالاستِتباع لأدّى إلى جَعل الأصلِ تابِعًا لتابِعه، وجعلِ التّابعِ أصلًا لأَصله، وهو باطِلٌ.

ولا تُقاسُ اليدُ على الرَّأس؛ لأن الوُقوعَ ثَمَّ لا بإِضافة الطَّلاقِ إلى الرَّأس، حتى لو قال: (الرَّأسُ منكِ طالِقٌ) لا تَطلُقُ، ولكن باعتِبار أن الرَّأسَ يُعبَّرُ به عن البَدَن، كما مرّ، حتى لو عُبِّر باليَد عن البَدَن عندَ قومٍ يَقعُ الطَّلاقُ بإِضافته إلى اليَد، كذا في «الْمَبسوط».

وقولُه: «على اليَد ما أخَذت»(٣) على حَذف الْمُضافِ، أي على صاحِب اليدِ، إلا أن(٤) اليدَ لما كانَت آلةَ الأخذِ أُضِيف إليها.

والأصحُّ: أنه لا يَقعُ في الظَّهر والبطنِ والبُضعِ؛ لأنه لا يُعبَّرُ بها عن جَميع البدَنِ.

و(استُكِ طالِقٌ): كـ(فرجُكِ).

ونِصفُ الطَّلْقةِ، أو ثُلُثُها: طَلْقةٌ.

وإن طَلَّقها نِصفَ تَطليقةٍ، أو ثُلُثَها، أو رُبُعَها، أو خُمُسَها: طَلُقت تطليقةً واحِدةً؛ لأن الطَّلاقَ لا يَتجزَّأُ، وذِكرُ بعضِ ما لا يَتجزَّأُ كذِكر الكلِّ؛ صِيانةً لكَلام العاقلِ عن الإلغاء، وتَغليبًا للمُحرِّم على الْمُبيح، وإعمالًا للدَّليل بالقَدْر الْمُمكِنِ؛ لأنه إذا قام

---

(١) كذا ضبطت في (ب)، وفي (ز): بالبعض.

(٢) في (ب) و(ج): بعدم الدليل.

(٣) رواه الإمام أحمد (٢٠١٣١)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠).

(٤) في (ب): اليد لأن.

الدَّليلُ على البَعض -وهو مما[1] لا يَتجزَّأُ لو لم يَتكامَل- يُؤدِّي إلى إِبطال الدَّليلِ.

وثَلاثةُ أنصافِ تَطليقتَين: ثَلاثٌ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثةَ أنصافِ تَطليقتَين): طَلُقت ثَلاثًا؛ لأن نِصفَ التَّطليقتَين تَطليقةٌ، فجمعُه يَكونُ ثَلاثًا ضَرورةً، وهو كثَلاثة أنصافِ الدِّرهَمَين يَكونُ ثَلاثةَ دَراهِمَ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثةَ أنصافِ تَطليقةٍ).. قِيل: يَقَعُ ثَلاثُ تَطليقاتٍ؛ لأن كلَّ نِصفٍ تَتكامَلُ في نَفسها، فتكونُ ثَلاثًا.

والصَّحيحُ: أن يَقَعَ تَطليقتان؛ لأنها طَلقةٌ ونِصفٌ، فتَتكامَلُ.

و(مِن واحِدةٍ أو ما بينَ واحِدةٍ إلى ثِنتَين): واحِدةٌ(س م ف)، و(إلى ثَلاثٍ): ثِنتان(س م ز).

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ من واحِدةٍ إلى ثِنتَين)، أو (ما بينَ واحِدةٍ إلى ثِنتَين): طَلُقت واحِدةً.

ولو قال: (من واحِدةٍ إلى ثَلاثٍ)، أو (ما بينَ واحِدةٍ إلى ثَلاثٍ): طَلُقت ثِنتَين، وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: في الأُولى يَقَعُ ثِنتان، وفي الثّانِية تَقَعُ الثَّلاثُ، وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: في الأُولى لا يَقَعُ شيءٌ.

وفي الثّانية: تَقَعُ واحِدةٌ، وهو القِياسُ؛ لأنه جَعَل الأُولى والثّانيةَ غايةً، والغايةُ لا تَدخُلُ تحتَ المُغيّا، كما لو قال: (بِعتُك من هذه الدّارِ إلى هذه الدّارِ)، أو (ما بينَ هذه إلى هذه).

وجهُ قولِهما -وهو الاستِحسانُ-: أن مِثلَ هذا الكَلامِ يُرادُ به الكلُّ في العُرف؛ فإن

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): ما.

الرَّجُلَ يَقولُ: (خُذ من مالي من دِرهَمٍ إلى عشَرةٍ).. كان[1] له أخذُ العشَرةِ، ويُقالُ: (كُلْ من الْمِلح[2] إلى الحَلواء[3])، ويُرادُ به تَعميمُ الإذنِ، ويَقولُ لغَيره: (اشتَرِ لي هذا العبدَ من مِائةٍ إلى ألفٍ).. يَكونُ إذنًا له بالشِّراء بألفٍ.

ومُطلَق الكَلامِ مَحمولٌ على الْمُتعارَف.

ولأنه جَعَلهما غايةً، فلا بُدَّ من وُجودهما ووُجود الطَّلاقِ بوُقوعه.

وأبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَحتَجُّ بالعادة أيضًا ويَقولُ: مِثلُ هذا الكَلامِ يُذكَرُ ويُرادُ به الأقلُّ من الأكثَر، والأكثرُ من الأقلِّ؛ فإنهم يَقولون: (سِنِّي من سِتِّين إلى سَبعين)، أو (ما بينَ سِتِّين إلى سَبعين)، ويُريدون به أن سِنَّه أكثرُ من سِتِّين، وأقلُّ من سَبعين..

فإذا قال: (أنتِ طالِقٌ من واحِدةٍ إلى ثَلاثٍ)، أو (ما بينَ واحِدةٍ إلى ثَلاثٍ): يَجِبُ أن يَكونَ أكثَرَ من واحِدةٍ وأقلَّ من الثَّلاث، وذا ثِنتان.

وقد حاجَّ أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث قال له: كم سِنُّك؟ فقال: سِنِّي ما بينَ سِتِّين إلى سَبعين، فقال له: أنت إذَنِ ابنُ تِسعٍ[4] سِنين، فتَحيَّر زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[5].

وإرادةُ الكلِّ فيما طَريقُه الإباحةُ كما ذَكَرا؛ لأنه[6] قد جَرت التَّوسِعةُ في الإباحات دونَ غيرِها، والأصلُ في الطَّلاق الحظرُ، كيف وأنه مَنهيٌّ عنه هنا؛ لإفضائه إلى انسِداد

---

(١) في (ز): فإن.

(٢) في (و): المالح.

(٣) في (هـ): الحلو.

(٤) في (هـ): سبع.

(٥) في هذه القصة نظر، فسنة ولادة الإمام زفر (١١٠) وسنة وفاته (١٥٨) ويكون عمره يوم مات ثمانية وأربعين، فكيف يصح هذا مع القصة؟ إلا أن يقال إن في الرقم المذكور تسامحًا.

(٦) في (هـ): كما ذكر إلا أنه.

باب التلافي.

والقِياسُ ما قاله زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الغايةَ لا تَدخُلُ تحتَ الْمُغيّا، إلا أنه لا بُدَّ من إدخال الأُولى؛ لأنه أوقَع الثّانيةَ، ولا ثانِيةَ قبلَ الأُولى، فلهذه الضَّرورةِ دَخَلت الغايةُ الأُولى، ولا ضَرورةَ في الغاية الثّانيةِ؛ لأن إيقاعَ الثّانيةِ يَصِحُّ بلا إِيقاع الثّالثةِ، فأخذنا فيه بالقِياس.

بخِلاف البيعِ؛ لأن الغايةَ ثَمَّ مَوجودةٌ قبلَ البيعِ، والوُجودُ هنا بوُقوعها.

فإن قِيل: ما بينَ هذا وهذا يَستَدعي وُجودَهما.

قُلنا: ذا يَستَدعي وُجودَ الأَوَّلِ واحتِمالَ وُجودِ الثّاني؛ فإن قولَه: (سِنّي ما بينَ سِتّين[1] إلى سَبعين) يَقتَضي وُجودَ السِّتّين، ولا يَقتَضي وُجودَ السَّبعين، بل كونُه مُنتظَرًا يكفيه.

فإن قِيل: أليس أنه لو قال: (أنت طالِقٌ تَطليقةً ثانِيةً) لا يَقَعُ إلا واحِدةً، وكان يَنبَغي أن تَقَعَ الأُولى من ضَرورة وُقوعِ الثّانيةِ.

قُلنا: قولُه: (ثانِيةً) وَقَعت لغوًا، وقولُه: (من واحِدةٍ إلى ثَلاثٍ) كَلامٌ مُعتبَرٌ في إِيقاع الثّانيةِ، فأوقَعنا الأُولى ضَرورةً.

ولو نَوى واحِدةً في قَوله: (من واحِدةٍ إلى ثَلاثٍ) يُصدَّقُ دِيانةً لا قَضاءً؛ لأن الكَلامَ يَحتمِلُه، لكنه خِلافُ الظّاهرِ.

و(واحِدةٌ في ثِنتَين): واحِدةٌ إن[2] لم يَنوِ، أو نَوى الضَّربَ(ز ف)[3]، وإن نَوى واحِدةً

---

(١) في (ب) و(ج) و(هـ): سني من ستين.

(٢) في (م): وإن.

(٣) الضرب في العدد: تضعيف أحد العددين بالعدد الآخر. «التعريفات» ص١٣٧.

وثِنتَين: فثَلاثٌ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً في ثِنتَين)، ونَوى الضَّربَ والحِسَابَ، أو لم[1] يكن له نِيَّةٌ: وَقَعت واحِدةٌ رَجعيَّةٌ.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَقَعُ ثِنتان؛ لأن الواحِدةَ متى ضُرِبت في الثِّنتَين كانت ثِنتَين.

ولنا: أن أثَرَ الضَّربِ في تكثير الأجزاءِ لا في زِيادة الْمَضروبِ؛ فإنه لو كان يَزدادُ في نَفسه لم يَبقَ أحدٌ في الدُّنيا فَقيرًا؛ لأنه يُضرَبَ مِائةٌ في ألف دِرهَمٍ فيَصيرُ مِائةَ ألفِ دِرهَمٍ.

وتَكثيرُ أجزاءِ التَّطليقةِ لا يُوجِبُ تَعدُّدَها، كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ نِصفَ[2] تَطليقةٍ وثُلُثَها وسُدُسَها[3]): لم تَقَع إلا واحِدةٌ.

وإن نَوى واحِدةً وثِنتَين: وَقَع الثَّلاثُ إن كانَت مَوطوءةً؛ لأن بينَ الحرفَين مُناسَبةً؛ لاشتِراكهما في إفادة مَعنى الجمعِ؛ فإن (في) للظَّرف، والظَّرفُ يُقارِنُ[4] الْمَظروفَ ويَتَّصِلُ به، والواوُ للعَطف، والْمَعطوفُ يَتَّصِلُ بالْمَعطوف عليه، وفيه تَشديدٌ على نَفسه، فيُصدَّقُ.

ولو كانَت غيرَ مَوطوءةٍ يَقَعُ واحِدةٌ، كما في قَوله: (واحِدةً وثِنتَين).

ولو نَوى واحِدةً مع[5] ثِنتَين: تقَعُ الثَّلاثُ، دَخَل بها أوْ لا؛ لأن (في) تَأتي بمَعنى

---

(١) في (هـ): ولم.

(٢) سقطت من (د).

(٣) في (هـ): أو ثلثها أو سدسها.

(٤) في (هـ): يفارق.

(٥) في (و): في.

(مع)، قال اللهُ تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩]، قال بعضُ أهلِ التَّأويلِ: أي مع عِبادي.

ولو نَوى الظَّرفَ تَقَعُ واحِدةٌ؛ لأن الطَّلاقَ لا يَصلُحُ ظرفًا للطَّلاق، فلَغا الثّاني.

و(ثِنتان في ثِنتَين): اثنتانِ، وإن نَوى الضَّربَ.

ولو قال: (ثِنتَين في ثِنتَين)، ونَوى الضَّربَ: يَقَعُ ثِنتان؛ لأن الاعتِبارَ للمَذكور أوَّلًا.

وعندَ زفَرَ: تَقَعُ الثَّلاثُ؛ لأن أصلَه أن يَكونَ أربعًا[1]، كما هو عُرفُ الحُسّابِ، إلا أن الطَّلاقَ لا يَزيدُ على الثَّلاث.

و(من هنا إلى الشّام[2]): واحِدةٌ رَجعيّةٌ(ز).

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ من ههنا إلى الشّام): وَقَعت واحِدةٌ رَجعيّةٌ، وقال زفَرُ: بائِنةٌ[3]؛ لأنه وَصفَ الطَّلاقَ بالطُّول.

ولا يُقالُ: إنه لو قال: (أنتِ طالِقٌ تَطليقةً[4] طَويلةً) فإن عندَه: يَقَعُ الرَّجعيُّ، فكيف

---

(١) في (ب): لأن على أصله أن يكون رابعًا، وفي (ج): رابعًا.

(٢) الشام: إقليم معروف، يقال مسَهَّلاً ومهموزًا، وشام بهمزة ممدودة، نقل الثلاثة صاحب «المطالع» قال الجوهري: الشام، بلاد تذكر وتؤنث، ورجل شامي، وشآم على فِعال، وشَآمي أيضًا، حكاه سيبويه، وفي تسميتها بذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها سميت بسام بن نوح؛ لأنه أول من نزلها، فجعلت السين شينًا تغييرًا للَّفظ الأعجمي.

والثاني: أنها سميت بذلك لكثرة قراها، وتداني بعضها من بعض فشبهت بالشامات.

والثالث: أنها سميت بذلك؛ لأن باب الكعبة مستقبل المطلع، فمن قابل طلوع الشمس، كانت اليمن عن يمينه والشام عن يده الشؤمى. «المطلع» ص٢٠٠.

(٣) في (هـ): ثانية، وفي (ج) و(د) غير منقوطة.

(٤) مثبتة من (أ).

يَقَعُ البائِنُ[1] هنا وأنه كِنايةٌ عنه؟!

لأنَا نَقولُ: ثَمَّ صَرَّح بالطُّول، وهنا كَنَى عنه، وثُبوتُ الشَّيءِ كِنايةً أَقوى من ثُبوته صَريحًا؛ لأن ذا ثابِتٌ بدَليله.

بخِلاف ما لو كان مُصرَّحًا؛ فإن قولَك: (كَثيرُ الرَّمادِ) أبلغُ في[2] وَصفه بالجُود من قَولك: (جَوادٌ)؛ لأن كَثرةَ الرَّمادِ أثرُ الجودِ وعَلامتُه، فكان دَليلًا عليه، بخِلاف وصفِه بالجُود مُجرَّدًا.

ولأن قولَه: (من هنا إلى الشّام) يُفيدُ الطُّولَ والعرضَ، وجاز أن لا تَحصُلَ البَينونةُ عندَه بوَصفه بالطُّول فحسبُ، ويَقَعُ عندَ وصفِه بالطُّول والعرضِ؛ لأنه يُفيدُ العِظَمَ، فصار كأنه قال: (أنتِ طالِقٌ كالجَبَل)، وثَمَّ عندَه: يَقَعُ البائِنُ؛ لأن الْمُشبَّهَ به عَظيمٌ، كذا هنا.

بخِلاف نفْسِ الطُّولِ؛ لأنه ليس فيه عِظَمٌ، فكان كنَفس التَّشبيهِ، وعندَه: لا يَقَعُ البائِنُ بنَفس التَّشبيهِ إذا لم يكن الْمُشبَّهُ به عَظيمًا.

على أنه جاز أن يَكونَ له رِوايتان في هذه الْمَسألةِ، فقد ذَكَر الْمَشايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ في دَليله: لأنه وَصَف الطَّلاقَ بالطُّول، فصار كأنه قال: (أنتِ طالِقٌ طَويلةً)، ولو قال كذلك كان بائِنًا، كذا هنا.

ولنا: أنه وَصَفه بالقِصَر؛ لأنه متى وَقَع وَقَع في الأماكِن كلِّها، ونفسُ الطَّلاقِ لا يَحتمِلُ القِصَرَ؛ لأنه ليس بجِسمٍ، وقِصَرُ حُكمِه بكَونه رَجعيًّا.

---

(١) في (د): الثاني.

(٢) في (أ): من.

و(بمَكّةَ) و(في مَكّةَ)، و(في الدّار)، و(فيها دُخولَكِ[1]): تنجّز[2].

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ بمَكّةَ)، أو (في مَكّةَ)، أو (في الدّار): يَقَعُ في الحال في كلِّ الأماكِنِ؛ لأنه لا اختِصاصَ للطَّلاق بمَكانٍ دونَ مَكانٍ؛ لأن هذا وصفٌ حُكميٌّ، فيُعتبَرُ بالوَصف الحَقيقيِّ، وذا لا يَختصُّ بمَكانٍ دونَ مَكانٍ، كذا هذا.

فإن عَنى به: إذا أتَيتِ مَكّةَ: صُدِّق دِيانةً لا قَضاءً؛ لأن الإضمارَ خِلافُ الظّاهِرِ، فلا يُصدِّقُه القاضِي.

و(إذا دَخَلْتِ مَكّةَ)، و(في دُخولكِ الدّارَ): تَعليقٌ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ إذا دَخَلتِ مَكّةَ): تَعلَّق بدُخول مَكّةَ؛ عمَلًا بتَعليقه.

ولو قال: (في دُخولكِ الدّارِ): تَعلَّق بالفِعلِ؛ لِمُقارَنةٍ[3] بينَ الظَّرفِ والشَّرطِ.

إذ الظَّرفُ يَقتَضي الْمَظروفَ، والشَّرطُ يَقتَضي الْمَشروطَ، فحُمِل عليه عندَ تَعذُّرِ الظَّرفيّةِ؛ لأن الفِعلَ لا يَصلُحُ ظرفًا.

---

(١) أي في دخولك مكة.

وفي حاشية (ن): أي قال: فيها طلاق دخولك الدار: طلقت للحال؛ لأنه جعل الطلاق ظرفًا للدخول، والطلاق لا يصلح ظرفًا للدخول، ولا يصلح الطلاق شرطًا للدخول، فلغا كلمة (في) لتعذر الحمل على الظرفية والشرطية، وبقي قوله: (أنت طالق)، فيقع للحال. هـ.

وفي حاشية (ع): أي قال: أنت طالق واحدة فيها دخولك الدار.

(٢) في (س): تنجيز، وضبطت في (ن): تَنجُّزٌ.

والتنجيز: خلاف التعليق، فإن قوله: أنت طالق مثلًا: تنجيز، وأنت طالق إن دخلت الدار: تعليق. «الدستور» ١/ ٢٤١.

(٣) في (ز): لمقاربة.

ولو قال فيها[1]: (دُخولَكِ[2] الدّارِ): طَلُقت للحال؛ لأنه جَعَل الطَّلاقَ ظرفًا للدُّخول، والطَّلاقُ لا يَصلُحُ ظرفًا للدُّخول، ولا يَصلُحُ الطَّلاقُ شرطًا للدُّخول، فلَغا كَلِمةُ (فِي)؛ لتَعذُّر الحملِ على الظَّرفيّة والشَّرطيّةِ، وبَقِي قولُه: (أنتِ طالِقٌ)، فيَقَعُ للحال.

---

(١) في (ج): في.

(٢) في (ز): بدخولك.

فصل في إضافة الطلاق إلى زمان[1]

(أنتِ طالِقٌ غدًا)، أو (في[2] غدٍ): يَقَعُ عندَ الصُّبحِ.

قال: (أنتِ طالِقٌ غدًا)، أو[3] (في غدٍ): يَقَعُ الطَّلاقُ بطُلوعِ الفجرِ من اليَوم الثّاني.

ونِيّةُ[4] العصرِ تَصِحُّ في الثّاني[س م].

ولو نَوى العصرَ يَصِحُّ في الثّاني دونَ الأوَّلِ[5] قَضاءً، وصحَّ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى فيهما.

وقالا: لا يُصدَّقُ قَضاءً فيهما؛ لأنه وَصَفها بالطَّلاق في كلِّ الغدِ، فيقتَضي أن يَكونَ الطَّلاقُ واقِعًا في أوَّل الغدِ، حتى يَتَّصِفُ بهذه الصِّفةِ في جَميع الغدِ.

فإذا نَوى آخِرَه فقد نَوى تَخصيصَ بعضِه، ونِيّةُ التَّخصيصِ تَصِحُّ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، كما لو قال: (لا آكُلُ طَعامًا)، ونَوى طَعامًا دونَ طَعامٍ.

ألا تَرى أنه لو قال: (أنتِ طالِقٌ غدًا)، ونَوى آخِرَ النَّهارِ.. فإنه لما[6] أَراد تَخصيصَ

---

(١) في (هـ): الزمان.

(٢) في (م): وفي غد.

(٣) في (ج): و.

(٤) أي وصحت نية العصر..

(٥) في (ب): في الأول دون الثاني.

(٦) في (هـ): لو.

بعضِ ما يتَناوَلُه اللّفظُ، وهو مُحتمَلُ لفظِه على خِلاف الظّاهرِ: صُدِّق دِيانةً لا قَضاءً، كذا هنا.

ولا يَتغيَّر[1] حُكمُه بذِكر (في)؛ لأنه مُقدَّرٌ في قَوله: (غدًا)، وانِتصابُه[2] لكَونه مَفعولًا فيه.

وله: أنه نَوى حَقيقةَ كَلامِه، فيُصدَّقُ؛ وهذا لأنه إيقاعُ الطَّلاقِ في الغَد؛ لأنه جَعَل الغدَ ظرفًا، والظَّرفيّةُ تَليقُ بالإيقاع.

والظَّرفُ لا يَقتَضي استيعابَ الْمَظروفِ، كقَولك: (زيدٌ في الدّار)، بل يَقتَضي وُجودَه في جُزءٍ من أَجزاء الْمَظروف[3].

غيرَ أنه متى لم يَنوِ شيئًا تَعيَّن الجُزءُ الأوَّلُ باعتِبار السَّبقِ وعدَمِ الْمُعارِضِ، ومتى نَوى جُزءًا آخرَ كان تَعيينُ[4] الجُزءِ الْمَنْويِّ -وهو قَصديٌّ- أَولى بالاعتِبار من الجُزء الأوَّلِ وهو ضَروريٌّ.

بخِلاف قولِه: (أنتِ طالِقٌ غدًا)؛ لأنه وَصَفها بهذه الصِّفةِ في جَميع الغدِ، فيَقتَضي أن يَقعَ الطَّلاقُ في أوَّل جُزءٍ من الغَد؛ لتَتَّصفَ بالطَّلاق في جَميع الغدِ.

ألا تَرى أن من قال: (واللهِ لأصومَنَّ في العُمُر) يَتناوَلُ ساعةً من العُمُر، حتى لو صام ساعةً بَرَّ في يَمينه، ولو قال: (لأصومَنَّ العُمُرَ) تَناوَل جَميعَ العُمُرِ، حتى لا يَبَرُّ في يَمينه إلا بصَوم جَميعِ العُمُرِ.

---

(١) في (هـ): يعتبر.

(٢) في (د): أو انتصابه.

(٣) في (ب): الظرف، وفي (هـ): وجوده في آخر جزء من المظروف.

(٤) في (ز): تعين.

وكذا لو قال: (إن صُمتُ الدَّهرَ فعَبدي حُرٌّ): يَقَعُ على صَوم الأبَدِ، ولو قال: (إن صُمتُ في الدَّهر فعَبدي حُرٌّ): يَقَعُ على صَوم ساعةٍ.

والفِقهُ فيه: أن قولَه: (غدًا) ظرفٌ ضَروريٌّ؛ لثُبوته لا بلَفظه، وقولَه: (في غدٍ) ثَبت بلفظٍ يَدُلُّ عليه، وما ثَبَت باللَّفظ يَحتمِلُ النِّيَّةَ، لا ما ثَبَت بدُونه، تَأمَّل في قَوله: (لا أشرَبُ)، ونَوى شَرابًا دونَ شَرابٍ، وفي قَوله: (لا أشرَبُ شَرابًا).. ليَتَّضِحَ لك الفرقُ.

وفي (اليومَ غدًا) أو (غدًا اليومَ): يُعتبَرُ الأوَّلُ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ اليومَ غدًا)، أو (غدًا اليومَ): أُخِذ بأوَّل الوَقتَين اللَّذَين تَكلَّم به[1].

فيَقَعُ في الأوَّل في اليوم، وصار قولُه: (غدًا) لغوًا؛ لأنه أوقَع الطَّلاقَ في الحال، ووَصَف اليومَ بكَونه غدًا، أو جَعَل الواقِعَ في الحال واقِعًا في الغَد، وهو مُستحيلٌ، فيَلغو ذِكرُ الغدِ.

وفي الثّاني يَقَعُ في الغَد، وصار قولُه: (اليومَ) لغوًا؛ لأن الإيقاعَ في غدٍ[2] لا يُتصوَّرُ أن يَكونَ إيقاعًا في اليَوم، فلَغا قولُه: (اليومَ).

(أنتِ طالِقٌ قبلَ أن أتَزوَّجَكِ) أو (أمسِ)، ونكَحها اليومَ: لغوٌ[3]، وإن نكَحها قبلَ

---

(١) في (هـ): بهما.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): الغد.

(٣) اللغو: ما تسبق إليه الألسنة من القول على غير عزمٍ قُصِد إليه. قاله الحرالي.

وقال الراغب: اللغو من الكلام: ما لا يعتد به، وهو الذي لا يُورَد عن رؤية وفكر، فيجري مجرى اللغا وهو صوت العصافير ونحوها من الطيور.

ولغا الرجل: تكلم باللغو، وهو اختلاط الكلام، ويستعمل اللغو فيما لا يعتد به، ومنه اللغو في الأيمان،=

أمسِ: وَقَع الآنَ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ قبلَ أن أتزوَّجَكِ)، أو (طَلَّقتُكِ قبلَ أن أتزوَّجَكِ)، أو (أنتِ طالِقٌ أمسِ)، وإنما تَزَوَّجها اليومَ: لم يَقَع شيءٌ؛ لأنه أَضاف الطَّلاقَ إلى وقتٍ لم يكن مالِكًا له فيه، فكانَ نافِيًا للوُقوعِ عليها، كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ قبلَ أن أُخلَقَ)، أو (قبلَ أن تُخلَقي)، أو (طَلَّقتُكِ وأنا صَبيٌّ)، أو (نائِمٌ)، أو (مَجنونٌ) وجُنونُه كان مَعروفًا، بخِلاف ما إذا لم يُعرَف جُنونُه.

ولأنه يُمكِنُ تَصحيحُه إخبارًا عن عَدَم النِّكاحِ، أو عن كَونها مُطَلَّقةً بتَطليق زوجٍ غيرِه[1].

وهذا الكَلامُ خبرٌ بصِيغته، وإنما جُعِل إنشاءً: لتَعذُّر جعلِه خبرًا، فإذا أمكَن تَحقيقُه إخبارًا لا يُجعَلُ إنشاءً.

ولو تَزوَّجها قبلَ أمسِ: طَلُقت حينَ قال ذلك؛ لأنه ما أسنَده إلى حالةٍ مُنافِيةٍ، ولا يُمكِنُ تَصحيحُه إخبارًا في حقِّ نفسِه، وكذا في حقِّ غيرِه؛ لأنها حَقيقةٌ مَهجورةٌ، فلا تُعتبَرُ في مُقابَلة الإنشاءِ؛ لأن الإنشاءَ صار حَقيقةً له عُرفًا وشرعًا.

والإنشاءُ في الماضِي إنشاءٌ في الحال؛ لأنه يَملِكُ الإيقاعَ في الحال، ولا يَملِكُ

= أي ما لا يُعقد عليه القلب، وذلك ما يجري وصلًا للكلام بضرب من العادة، كَلَا والله، وبلى والله.

ولغا بكذا: لَهِج به لَهْج العصفور بلَغَاه: ومنه قيل للكلام الذي يلهج به فرقةٌ فرقةٌ: لغو.

واشتقاق اللغة من ذلك، وحذفت اللام وعوض عنها الهاء.

ومن الفرق اللطيف قول الخليل: اللفظ: كلام بشيء ليس من شأنك، والكذب: كلام بشيء تُغِرّ به، والمحال: كلام بشيء مستحيل، والمستقيم: كلام بشيء منتظم، واللغو: كلام بشيء لم ترده. «التوقيف» ص٢٩٠.

(١) في (و): زوج أو غيره.

الإسنادَ[1]، فلهذا تَطلُقُ في الحال.

(أنتِ طالِقٌ ما لم أُطلِّقكِ)، أو (متى لم أُطلِّقكِ)، أو (متى ما لم أُطلِّقكِ)، وسَكَت: تَطلُقُ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ ما لم أُطلِّقكِ)، أو (متى لم أُطلِّقكِ)، أو (متى ما لم أُطلِّقكِ)، وسَكَتَ: طَلُقت؛ لأن الطَّلاقَ مُضافٌ إلى زَمانٍ خالٍ عن التَّطليق، وقد وُجِد حينَ سَكَت.

أما في (متى) و(متى ما): فظاهِرٌ؛ لأنهما صَريحان في الوَقت؛ لكَونهما من ظُروف الزَّمانِ.

وأما في (ما): فلأنها تُستعمَلُ للوَقت، قال اللهُ تَعالى: ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ [مَرْيَم: ٣١]، أي وقتَ الحَياةِ، وهذا مَوضِعُ الوقتِ؛ لأن التَّطليقَ يَستَدعي الوقتَ لا مَحالةَ، فتَرجَّحت[2] جِهةُ الوقتِ.

وفي (إن لم أُطلِّقكِ)، أو (إذا لم أُطلِّقكِ)، أو (إذا ما لم أُطلِّقكِ): لا، حتى يَموتَ أحَدُهما(س م).

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ إن لم أُطلِّقكِ): لم تَطلُق حتى يَموتَ أحَدُهما قبلَ أن يُطلِّق؛ لأن (إن) للشَّرط، فقد جَعَل عدَمَ إيقاعِ الطَّلاقِ عليها شرطًا، ولا يَثبُتُ العدَمُ إلا باليَأس عن الحَياة، كما لو قال: (إن لم أدخُل الدّارَ فأنتِ طالِقٌ)، أو (إن لم آتِ البَصرةَ فأنتِ طالِقٌ).

فإذا انتهى إلى الْمَوت فقد وَقَع اليأسُ، فوُجِد الشَّرطُ والمحَلُّ قابِلٌ، والمِلكُ باقٍ، فوقع.

---

(١) في (هـ): إنشاء في الحال، ولا يملك الإنشاء.

(٢) في (أ): فترجحت به.

ثم إن مات الزَّوجُ وَقَع الطَّلاقُ عليها قُبيلَ موتِه بساعةٍ؛ لتَحقُّق عجزِه عن إيقاع الطَّلاقِ عليها.

فإن لم يَدخُل بها: فلا مِيراثَ لها؛ لأن امرَأةَ الفارِّ إنما تَرِثُ إذا كانَت في العِدّة.

وإن دَخَل بها: فلها الْمِيراثُ؛ لأن الطَّلاقَ وَقَع عليها قُبيلَ موتِه باختيارِه، وهو تَرْكُ التَّطليقَ، فصار فارًّا.

وإن ماتَت الْمَرأةُ: وَقَع الطَّلاقُ عليها قُبيلَ موتِها بساعةٍ لَطيفةٍ لا تَسَعُ فيها كَلِمةُ التَّطليقِ.

وفي «النَّوادِر»: لا يَقَعُ بمَوتِها؛ لأن اليأسَ إنما يَقَعُ بمَوتِها[1]، فوُجِد الشَّرطُ عندَ انقِضاءِ محَلِّ الطَّلاقِ.

والصَّحيحُ: أن موتَها كمَوتِه؛ لأنها إذا أشرَفت على الْمَوت فقد بَقِي من حَياتِها ما لا يَسَعُ للتَّكلُّم بالطَّلاق، وذا القَدْرُ من الزَّمان صالِحٌ لوُقوعِ الْمُعلَّقِ؛ لأنه يَستَغني عن زَمانِ التَّكلُّمِ، فوُجِد الشَّرطُ والْمِلكُ قائِمٌ، والمحَلُّ باقٍ.

ولا مِيراثَ للزَّوج منها؛ لأنها قد بانَت قبلَ الموتِ، فلا يَكونُ بينَهما زَوجيّةٌ عندَ الموتِ، وهي شرطُ التَّوريثِ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ إذا لم أُطلِّقكِ)، أو (إذا ما لم أُطلِّقكِ): لم تَطلُق حتى يَموتَ أحَدُهما إن عَنى به الشَّرطَ.

وإن عَنى به (متى): وَقَع الطَّلاقُ كما سَكَت، وإن[2] لم يكن له نِيّةٌ.

فعندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَطلُقُ حتى يَموتَ أحَدُهما.

---

(١) في (ز): بموته.

(٢) في (ز): وإذا.

وعندَهما: كما سَكَت يَقَعُ؛ لأن (إذا) تُستعمَلُ فيما هو كائِنٌ لا مَحالةَ، وليس فيه مَعنى الخطَرِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِذَا ٱلشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾ [التَّكوير: ١]، و﴿إِذَا ٱلسَّمَآءُ ٱنفَطَرَتْ﴾ [الانفِطار: ١]، ويُقالُ: الرُّطَبُ إذا اشتدَّ الحرُّ.

والشَّرطُ ما هو على خَطَر الوُجودِ، فتَبيَّن أنه للوَقت حَقيقةً بمَنزِلة (متى)، فصار الشَّرطُ وقتًا لا طَلاقَ فيه، وقد تَحقَّق.

ولهذا لو قال: (أنتِ طالِقٌ إذا شِئتِ)، فقامَت من مَجلِسها: لا يَخرُجُ الأمرُ من يَدها، كما لو قال: (متى شِئتِ)، بخِلاف (إن شِئتِ).

وله: أن (إذا) تُذكَرُ للوَقت، قال الشّاعرُ:

وإذا تَكونُ كَريهةٌ أُدعى لها ... وإذا يُحاسُ الحَيْسُ يُدعى جُندَبُ

وتُذكَرُ للشَّرط الخالصِ، قال الشّاعرُ:

استَغنِ ما أَغناك ربُّك بالغِنى ... وإذا تُصِبْك خَصاصةٌ فتَجمَّلِ[1]

فلو كان للوَقت لما انجَزَم؛ لأنه عَلامةُ الشَّرطِ.

وإذا ثَبَت أنه يَحتمِلُ الوَجهَين فنَقولُ: إن أُريد به الوقتُ يَقَعُ الطَّلاقُ، وإن أُريد به الشَّرطُ لا يَقَعُ، فلا يَقَعُ بالشَّكّ.

وهكذا نَقولُ في قَوله: (إذا شِئتِ)، إنه يَحتمِلُ الوَجهَين، لكن الأمرُ قد صار بيَدها، فإن أُريد به الوقتُ لا يَخرُجُ الأمرُ من يَدها، وإن أُريد به الشَّرطُ يَخرُجُ الأمرُ من يَدها، فلا يَخرُجُ بالشَّكّ.

(أنتِ طالِقٌ ما لم أُطلِّقكِ أنتِ طالِقٌ): طَلُقت هذه الطَّلقة[و/ز].

---

(١) في (ب) و(هـ): فتحمل.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ ما لم أُطلِّقكِ أنتِ طالِقٌ): فهي طالِقٌ هذه التَّطليقةَ إذا قال ذلك مَوصولًا به.

والقِياسُ: أن يَقعَ المُضافُ، فيقَعان إن كانَت مَوطوءةً، وهو قولُ زفرَ؛ لأنه وُجِد زَمانٌ لم يَطلِّقها فيه، وهو زَمانُ قولِه: (أنتِ طالِقٌ)، وذا يَكفي لشَرط الحِنثِ.

وجهُ الاستِحسانِ: أنه لم يُوجَد زَمانٌ عُدِم فيه فِعلُ الطَّلاقِ؛ لأنه كما شَرَع في قَوله: (أنتِ طالِقٌ) فهو فاعِلٌ فِعلَ الطَّلاقِ، فلا يَكونُ تارِكًا له؛ لأن الإنسانَ إنما يُسمّى تارِكًا للفِعل في زَمانٍ يَقدِرُ على الفِعل ولا يَفعَلُ، ولم يُوجَد.

ولئن تَحقَّق التَّركُ فهو غيرُ مُعتبَرٍ؛ لأن شرطَ الحِنثِ تركٌ يُمكِنُ الامتِناعُ عنه؛ لأن مَقصودَه من اليَمين البِرُّ، ولا يُمكِنُ تَحقيقُ البِرِّ إلا أن تكونَ هذه السّاعةُ اللَّطيفةُ مُستثناةً، فاستُثنِي هذا القَدْرُ عن يَمينه بدَلالة حالِه.

أصلُه: من حَلَف لا يَسكُنُ هذه الدّارَ، فاشتَغَل من ساعَته بالانتِقال.

لا[1] يَلبَسُ، وهو لابِسُه، فنَزَعه في الحال.

لا[2] يَركَبُ، وهو راكِبُه، فنَزَل من ساعَته.

(أنتِ كذا يومَ أتزوَّجُكِ)، فنكَحها ليلًا: حَنِث، بخِلاف الأمرِ باليَد.

ولو قال لامرَأةٍ: (يومَ أتزوَّجُكِ فأنتِ طالِقٌ)، فتزوَّجها ليلًا: طَلُقت.

ولو قال لامرَأته: (أمرُكِ بيَدكِ يومَ يَقدَمُ فُلانٌ)، فقَدِم فُلانٌ[3] نَهارًا، ولم يَعلَم[4]

(١) في (د): ولا، وفي (هـ): أو لا.

(٢) في (ب): ولا، وفي (هـ): أو لا.

(٣) مثبتة من (ج) و(هـ).

(٤) في (ز): ولم تعلم.

بقُدومه حتى جَنَّ اللَّيلُ: فلا خِيارَ لها.

والأصلُ: أن اليومَ يُستعمَلُ لُغةً لِمُطلَق الوقتِ، فيَنتظِمُ اللَّيلَ والنَّهارَ، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ١٦]، والْمُرادُ به مُطلَقُ الوقتِ؛ لأن من فَرَّ من الزَّحف ليلًا أو نهارًا يَلحَقُه هذا الوَعيدُ.

ويُقالُ في مُبتذَل الكَلامِ: يومٌ لنا ويومٌ علينا، ويُرادُ به مُطلَقُ الوقتِ.

وتُستعمَلُ لبَياض النَّهارِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ﴾ [الجُمُعَة: ٩].

وإذا ساغ استِعمالُه في كلِّ واحِدٍ منهما فلا بُدَّ من ضابِطٍ يَمتازُ به أحَدُهما عن الآخَر، فنَقولُ:

إذا قُرِن بما يَمتدُّ، كالصَّوم.. يُرادُ به الْمِعيارُ؛ لأنه أليَقُ به؛ إذ الْمُمتدُّ يُناسِبُ الْمُمتدَّ.

وإذا قُرِن بما لا يَمتدُّ يُرادُ به مُطلَقُ الوقتِ؛ لكَونه أليَقَ به، والطَّلاقُ مما لا يَمتدُّ، فيُرادُ به الوقتُ، فحَنِث[1] إذا تَزوَّجها ليلًا.

والأمرُ باليَد مما يَمتدُّ، فحُمِل على بَياض النَّهارِ، فإذا لم تَعلَم بقُدومه حتى مَضى النَّهارُ فإنما عَلِمت بعدَ انقِضاءِ الأمرِ، فلا خِيارَ لها.

ونَعني بما يَمتدُّ: ما يَقبَلُ التَّأقيتَ، وبما لا يَمتدُّ: ما لا يَقبَلُه، والطَّلاقُ لا يَمتدُّ.

أما إذا أُريد به التَّطليقُ: فظاهِرٌ، وكذا إذا لم يُرَد به[2]؛ لأنه لا يَقبَلُ التَّأقيتَ، حتى لو قال: (أنتِ طالِقٌ شهرًا) يَتأبَّدُ ولا يَتوقَّتُ، والأمرُ باليَد مما يَمتدُّ، حتى لو قال: (أمرُكِ

(١) في (ب) و(هـ): فيحنث.

(٢) في (ج) و(هـ): لم يرده.

بيَدكِ شهرًا) يَتوقَّتُ ولا يَتأبَّدُ.

والامتِدادُ وعدَمُه يُعتبَرُ في الجَزاء لا في الشَّرط[1].

واعتبَر بعضُ مَشايخِنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ جانِبَ الشَّرطِ في الْمَسألة الأُولى، وجانِبَ[2] الجَزاءِ في الْمَسألة الثّانيةِ.

ولو قال: (عَنَيتُ به بَياضَ النَّهارِ خاصّةً) صُدِّق قَضاءً؛ لأنه نَوى حَقيقةَ كَلامِه.

واللَّيلُ لا يُستعمَلُ إلا للسَّواد، والنَّهارُ لا يُستعمَلُ إلا للبَياض، هذا مُوجَبُ هذه العِباراتِ في اللُّغة.

(أنا منكِ طالِقٌ): لغوٌ[ف]، وإن نَوى، بخِلاف البائِنِ، والحَرامِ[3].

ومن قال لامرَأته: (أنا منكِ طالِقٌ): فليس بشيءٍ، وإن نَوى طَلاقًا.

ولو قال: (أنا منكِ بائِنٌ)، أو (عليكِ حَرامٌ)، ونَوى الطَّلاقَ: يَقَعُ الطَّلاقُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَقَعُ الطَّلاقُ في الْمَسألة الأُولى أيضًا إذا نَوى؛ لأنه أَضاف الطَّلاقَ إلى محَلِّه، فيَصِحُّ، كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ)، أو (أنا منكِ بائِنٌ).

وهذا لأن محلَّ الطَّلاقِ ما ثَبَت فيه حُكمُ النِّكاحِ؛ لأن الطَّلاقَ شُرِع لرَفع ما ثَبَت بالنِّكاح، وحُكمُ النِّكاحِ مُشتركٌ بينَهما، حتى يَحِلُّ لكلِّ واحِدٍ منهما الاستِمتاعُ بصاحِبه، وتَملِكُ هي الْمُطالَبةَ بالوَطء، كما يَملِكُ هو الْمُطالَبةَ بالتَّمكين، ولهذا سُمِّيا مُتناكِحَين.

ويَنعقِدُ النِّكاحُ بِذِكر كلِّ واحِدٍ منهما، ويَنتَهي بمَوت كلٍّ منهما، فاستَقامت إضافةُ الطَّلاقِ إلى كلِّ واحِدٍ منهما، إلا أن الإضافةَ إلى الزَّوج غيرُ مَعهودةٍ.. فاحتِيج إلى النِّيّة.

---

(١) في (هـ): في الجزء الأول في الشرط.

(٢) في (ج): وفي جانب.

(٣) أي فيما لو قال أنا منك بائن أو أن منك حرام.

ولنا: أنه أَضاف الطَّلاقَ إلى غَير محَلِّه، فيَلغو.

وهذا لأن محَلَّ الطَّلاقِ محَلٌّ مَوصوفٌ بالقَيد؛ لأنه لرَفعه، والقيدُ[1] فيها لا فيه؛ لأنه عِبارةٌ عن مِلك النّكاحِ، والْمِلكُ ثَبَت له عليها لا لها عليه؛ لأن الْمِلكَ إنما ثَبَت مع الْمُنافِي -وهي الحُرِّيّةُ[2]-: لضَرورة تَحقيقِ[3] مَقاصِدِ النّكاحِ، وهذه الضَّرورةُ في جانِبها لا في جانِبه، ولهذا تُسمّى الْمَرأةُ مَنكوحةً مَملوكةً[4]، ولا يُسمّى الزَّوجُ بذلك.

ألا تَرى أن الرَّجُلَ بعدَ النّكاحِ يَنطلِقُ حيث شاء، ويَتبوَّأُ أين يُريدُ، ويَستمتِعُ بإمائه وإن كَثُرنَ، وبثَلاثٍ سِواها، وهي مَمنوعةٌ عن الخُروج والبُروزِ والتَّزوُّجِ مع قِيامِ الأهلِيّةِ.. لحقِّ الزَّوجِ.

فقد ظَهَر آثارُ الْمِلكِ في حقِّها دونَ الزَّوجِ: لتَعلَمَ أنها مَملوكةٌ دونَه.

ولا يُقالُ: إنه لإزالة الحِلِّ، وهو مُشترَكٌ بينَهما؛ لأن الطَّلاقَ ما وُضِع لإبطال الحِلِّ؛ لأنه شُرِع لرَفع[5] مُوجَبِ النّكاحِ، ومُوجَبُه الْمِلكُ، ولهذا سُمِّي الزَّوجُ مالِكًا، وكان وِلايةُ التَّصرُّفِ فيها إليه، فلا يَصِحُّ إضافةُ ما يَقطَعُ الْمِلكَ إلى المالِك، كما لو قال لعَبده: (أنا منك حُرٌّ).

بخِلاف الإبانةِ؛ لأنها لقَطع الوُصلةِ، وهي مُشتركةٌ بينَهما.

وبخِلاف التَّحريمِ؛ لأنه لإزالة الحِلِّ، وهو مُشترَكٌ بينَهما.

---

(١) في (أ): لرفعه القيد.

(٢) في (هـ): الحرمة.

(٣) في (ب): تحقق.

(٤) في (ج): تسمى المنكوحة مملوكة.

(٥) في (هـ): لدفع.

فاستَقامت إضافتُهما إليهما: لِمُصادَفتهما المحَلَّ، ولا يَصِحُّ إضافةُ الطَّلاقِ إليه: لأنه لم يُصادِف محَلَّه.

(أنتِ طالِقٌ واحِدةً أوْ لا(م م))، أو (مع مَوتي)، أو (مع مَوتِك): لغوٌ.

ولو قال لامرَأته: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً[1] أوْ لا)، أو (لا شيءَ): لا يَقَعُ شيءٌ.

وقال محمدٌ -وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا-: يَقَعُ واحِدةً رَجعيّةً.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ أوْ لا)، أو (لا شيءَ)، أو (غيرُ طالِقٍ): لا يَقَعُ شيءٌ اتِّفاقًا.

لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه أدخَل الشَّكَّ في الواحِدة، فيَبطُلُ ما فيه الشَّكُّ، ويَبقى قولُه: (أنتِ طالِقٌ)، كما لو قال: (امرَأتُه طالِقٌ وعبدُه حُرٌّ أوْ لا) فإنه يَبطُلُ العتَقُ لا الطَّلاقُ.

بخِلاف قولِه: (أنتِ طالِقٌ أوْ لا)؛ لأنه أدخَل الشَّكَّ في أَصل الإيقاعِ، فلا يَقَعُ شيءٌ.

ولهما: أن العدَدَ هو الواقِعُ؛ ألا تَرى أنه لو قال لغَير الْمَوطوءةِ: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا): طَلُقت ثَلاثًا، ولو لم يكن الوُقوعُ بالعَدَد للَغا ذِكرُ الثَّلاثِ؛ وهذا لأن الواقِعَ في الحَقيقة إنما هو الْمَوصوفُ الْمَحذوفُ، مَعناه: أنتِ طالِقٌ تَطليقةً واحِدةً.

وإذا كان الواقِعُ ما كان العدَدُ وصفًا له كان الشَّكُّ داخِلًا في الإيقاع، فلا يَقَعُ شيءٌ، كما لو قال: (لفُلانٍ عليَّ ألفُ دِرهَمٍ جِيادٍ أوْ لا شيءَ): لا يَلزَمُه شيءٌ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ مع مَوتي)، أو (مع موتِكِ): لا يَقَعُ شيءٌ؛ لأنه أَضاف الطَّلاقَ إلى حالةٍ مُنافِيةٍ للطَّلاق، فلا يَقَعُ؛ وهذا لأنه قَرَن الطَّلاقَ بالْمَوت، وهو حالُ انقِضاءِ مِلكِ النِّكاحِ، والطَّلاقُ يَستَدعي الأهلِيّةَ والمحلِّيّةَ، وموتُه يُنافِي الأهلِيّةَ، وموتُها يُنافِي المحلِّيّةَ.

---

(١) سقطت من (ب).

مَلَكها، أو شِقْصَها[1]، أو مَلَكَتْه، أو شِقْصَه: بَطَل العقدُ، فلا يَقَعُ(م) طَلاقُه، وإن أعتَقَتْه(م).

وإذا مَلَك الزَّوجُ امرَأتَه أو شِقصًا منها، أو مَلَكت الْمَرأةُ زوجَها أو شِقصًا منه: وَقَعت الفُرقةُ؛ لوُجود التَّمانُعِ بينَ مِلكِ اليَمينِ ومِلكِ النِّكاحِ.

أما إذا ملكَتْه: فلاجتِماعٍ بينَ المالِكيّةِ والْمَملوكيّةِ، فلا تَبقى مَصالِحُ النِّكاحِ مُنتظِمةً، والنِّكاحُ ما شُرِع إلا لِمَصالِحه.

وأما إذا مَلَك هو إيّاها: فلِأَنَّ مِلكَ النِّكاحِ ضَروريٌّ، ثَبَت ضَرورةَ ثَباتِ النَّسَبِ؛ وهذا لأنه لم يُشرَع بلا مالٍ، وهو في مُقابَلة الوطَآتِ، وهي مَعدومةٌ مَجهولةٌ.

ولأنه استِيلاءٌ على الحُرّة؛ إذ الأصلُ فيه الحَرائرُ، وأثرُ الحُرِّيّةِ في دَفع تَسلُّطِ الأغيارِ.

وهي مالِكةٌ مُبتذِلةٌ، وبالنِّكاح تَصيرُ مَملوكةً مُبتذَلةً، ولهذا لا تَقبَلُ الفسخَ؛ لأنه ضَروريٌّ، فصار في حقِّ الفسخِ كأنْ لا.

وإذا كان ضَروريًّا لم يَبقَ مع مِلكِ اليَمينِ؛ لأنه ثَبَت أصلًا لا ضَرورةً؛ إذ الرَّقيقُ مُلحَقٌ بالبَهائِم.

ولو مَلَكها ثم طَلَّقها: لم يَقَع شيءٌ، دَخَل بها أوْ لا؛ لأن الطَّلاقَ يَستَدعي قِيامَ النِّكاحِ من كلِّ وجهٍ، أو من وجهٍ بأن يَكونَ في العِدّة، ولا بَقاءَ للنِّكاح مع ما يُنافِيه من كلِّ وجهٍ أو[2] من وجهٍ.

---

(١) الشِّقص -بالكسر- والشقيص: النصيب، مثل النصف والنصيف، وفي «الجمهرة»: الشَّقيص: القليل من كل شيء. «المشارق» ٢/ ٢٥٧. قال أهل اللغة: هو القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، والشقيص: الشريك. «المطلع» ص٣٣٥.

(٢) في (أ) و(د) و(و): و.

وكذا إذا ملكَتْه أو شِقصًا منه: لا يَقَعُ الطَّلاقُ.

وعن[1] محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَقَعُ[2]؛ لأن العِدّةَ تَجِبُ اتِّفاقًا، وقِيامُ القيدِ من وجهٍ يَكفي لوُقوعِ الطَّلاقِ.

بخِلافِ ما إذا مَلَكَ الزَّوجُ امرَأتَه؛ لأنه لا عِدّةَ ثَمَّ، حتى يَحِلُّ وطؤُها له؛ وهذا لأن العِدّةَ إنما تَجِبُ لاستِبراء الرَّحِمِ عن الماء، ويَستَحيلُ استِبراءُ رَحِمِها من ماء نفسِه مع بَقاءِ السَّبَبِ الْمُوجِبِ لحِلِّ الوطءِ.

فإن قِيل: أليس أنه لا يَجوزُ التَّزويجُ، وهذا دَليلٌ على وُجوب العِدّةِ.

قُلنا: قد قالُوا: لا عِدّةَ عليها؛ بدَليل أنه لو زَوَّجها من آخرَ جاز، والصَّحيحُ: أنه لا يَجوزُ تَزويجُها من آخرَ.

فالحاصِلُ: أنه لا تَجِبُ العِدّةُ عليها في حقِّ من اشتَراها.

وهل تَجِبُ في حقِّ غيرِه؟ فهو على الرِّوايتَين.

ولو اشترَتْه فأعتقَتْه، فطَلَّقها في العِدّة.. قال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَطلُقُ؛ لارتِفاع مالِكيّةِ الطَّلاقِ بمِلك اليَمينِ، فلا يَعودُ بإِعتاقِها؛ لأن السّاقطَ لا يَعودُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَطلُقُ؛ لأن كونَها في عِدّته من النِّكاح يَقتَضي مالِكيّةَ طَلاقِها، إلا أن قِيامَ مِلكِ اليَمينِ الْمُنافِي لمالِكيّة الطَّلاقِ مانِعٌ، فإذا زال بالعَتق عَمِل الْمُقتضِي عمَلَه.

وعلى هذا: لو خَرَجت الْمَرأةُ إلينا مُسلِمةً، ثم خَرَج زوجُها مُسلِمًا وطَلَّقها.. عندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَقَعُ، وعندَ محمدٍ: يَقَعُ.

---

(١) في (ج): وعند.

(٢) في (و): أنه لا يقع.

(أنتِ طالِقٌ ثِنتَين مع عَتْقِ سَيِّدِكِ)، فأعْتَق: له الرَّجعةُ.

وإذا قال لامرأته وهي أمةُ غيرِه: (أنتِ طالِقٌ ثِنتَين مع عَتقِ مَولاكِ إيّاكِ)، فأعتقها مَولاها: مَلَك الزَّوجُ الرَّجعةَ.

لأنه جَعَل التَّطليقَ مُتَّصِلًا بالعَتق، وذا لا يُتصوَّرُ إلا بأن يَتعلَّقَ أحَدُهما بالآخر تَعلُّقَ الشَّرطِ بالْمَشروط، أو يَتعلَّقَ أحَدُهما بالآخر تَعلُّقَ العِلّةِ بالْمَعلول، أو يَتعلَّقا بشرطٍ واحِدٍ أو بعِلّةٍ واحِدةٍ ويَنزِلا عندَه.

والثّالثُ مُنتفٍ؛ لأنهما لم يَتعلَّقا بشرطٍ واحِدٍ أو بعِلّةٍ واحِدةٍ.

وكذا الثّاني؛ لأن إعتاقَ الْمَولى ليس بعِلّةٍ لتَطليق الزَّوجِ، وكذا تَطليقُه ليس بعِلّةٍ لإعتاقه، فتَعيَّن الوجهُ الأوَّلُ.

واستَحال أن يَتعلَّقَ العَتقُ بالتَّطليق؛ لأنه حينَئذٍ يَزولُ مِلكُ المالِكِ بلا رِضاه، فتَعيَّن تَعلُّقُ الطَّلاقِ بالإعتاق، وقد وُجِدت أمارةُ الشَّرطِ في الإعتاق؛ لأنه مَعدومٌ على خَطَر الوُجودِ، وللطَّلاق تَعلُّقٌ به.

والْمُعلَّقُ به التَّطليقُ لا الطَّلاقُ عندَنا؛ لِما قَرَّرتُ في «شَرح مُختصَرِ الأُصولِ» أن أثَرَ التَّعليقِ في مَنع السَّبَبِ لا في مَنع الحُكمِ عندَنا، وإنما امتَنَع الحُكمُ ضَرورةَ امتِناعِ السَّبَبِ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أثرُ التَّعليقِ في مَنع الحُكمِ لا في مَنع السَّبَبِ.

فيَصيرُ التَّصرُّفُ تَطليقًا عندَ الشَّرطِ عندَنا.

وعندَه: صار تَطليقًا زَمانَ التَّكلُّمِ، ولهذا أبطَل[1] تَعليقَ الطَّلاقِ والعَتاقِ بالْمِلك، وجَوَّز التَّكفيرَ بالمال قبلَ الحِنثِ.

(١) في (د) و(هـ): بطل.

وإذا[1] تَعلَّق التَّطليقُ بالإعتاق فيُوجَدُ بعدَه؛ لأن الْمَشروطَ مع الشَّرطِ يَتعاقَبان، فيُصادِفُها التَّطليقُ وهي حُرّةٌ، فلا تَحرُمُ حُرمةً غَليظةً بالطلقتَين.

وكَلِمةُ (مع) وإن كانَت للقِران عندَ أربابِ اللِّسانِ.. إلا أنه ساغ[2] استِعمالُها للتَّأخُّر، قال اللهُ تَعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرًا ۝ إِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرًا﴾ [الشَّرح: ٥ - ٦]، فحَمَلناها عليه لدَلالة مَعنى الشَّرطِ.

وذَكَر في «الهِداية»: (لأنه عَلَّق التَّطليقَ بالإعتاق أو بالعِتق؛ إذ اللَّفظُ يَنتظِمُهما).

وهو مُشكِلٌ؛ لأنه أُرِيد به الإعتاقُ هنا، واستُعِير الحُكمُ عن عِلّته[3]؛ ألا تَرى إلى قَوله: (إيّاك)، ولا يُستعمَلُ ذلك إلا في الفِعل الْمُتعدِّي.

ولو تَعلَّق عَتْقُها وطَلْقتاها بمَجيء الغدِ، فجاء: لا[4]، وتَعتَدُّ ثَلاثَ حِيَضٍ.

وإن قال: (إذا جاء غدٌ فأنتِ طالِقٌ ثِنتَين)، وقال لها الْمَولى: (إذا جاء غدٌ فأنتِ حُرّةٌ)، فجاء الغدُ: لم تَحِلَّ له حتى تَنكِحَ زوجًا غيرَه.

وعِدّتُها ثَلاثُ حِيَضٍ.

وهذا عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: زوجُها يَملِكُ الرَّجعةَ.

ولم يُذكَر الاختِلافُ في رِواية أبي سُلَيمانَ.

والأصلُ فيه: أن العِلّةَ مع الْمَعلولِ يَقترِنان عندَ الجُمهورِ، كالاستِطاعة مع الفِعلِ، وعندَ البعضِ: يَتعاقَبان، بخِلاف الاستِطاعةِ مع الفِعلِ؛ لأنها عَرَضٌ لا بَقاءَ لها، فتكونُ

(١) في (ب) و(ج) و(ز): فإذا.

(٢) في (هـ): شاع.

(٣) في (هـ): غلبة.

مُقارِنةً للفِعل ضَرورةً، وإلا يَكونُ الفِعلُ بلا استِطاعةٍ.

فأما العِلَلُ الشَّرعيَّةُ: فلها بقاءٌ؛ لأنها في حُكم الأعيانِ، والأصلُ تَقدُّمُ[1] الْمُؤثِّرِ على الأثر، فيَتعاقَبان.

ثم قال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: التَّطليقُ يُقارِنُ[2] الإعتاقَ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُعلَّقٌ بشرطٍ واحِدٍ، والْمُعلَّقُ بالشَّرط يَنعقِدُ سبَبًا عندَه، والعِتقُ يُقارِنُ الإعتاقَ؛ لأنه مَعلولُه، وكذا الطَّلاق يُقارِنُ التَّطليقَ؛ لأنه مَعلولُه، فيَكونُ الطَّلاقُ مُقارِنًا للإعتاق، فيَكونُ مُقارِنًا للعِتق ضَرورةً، فيَكونُ واقِعًا على الحُرّة، فيَملِكُ الرَّجعةَ.

فإن قِيل: لَمَّا اقترَن الإعتاقُ بالتَّطليق، والإعتاقُ مُصادِفٌ[3] للأمة.. كان التَّطليقُ مُصادِفًا للأَمة ضَرورةً، فلا يَملِكُ الرَّجعةَ.

قُلنا: لَمَّا كان انعِقادُ الْمُعلَّقِ سببًا عندَ الشَّرطِ صار كأن قولَه: (أنتِ حُرّةٌ) و(أنتِ طالِقٌ ثِنتَين) وُجِدا في زَمانٍ واحِدٍ، فيَتقدَّمُ مُوجَبُ أوجَزِ اللَّفظَين ضَرورةً، فيُصادِفُها التَّطليقتان وهي حُرّةٌ، فيَملِكُ الرَّجعةَ.

وذَكَر في «الهِداية»: (العِتقُ يُقارِنُ الإعتاقَ؛ لأنه عِلّتُه، والتَّطليقُ يُقارِنُ العَتقَ، فيَقَعُ الطَّلاقُ بعدَ العِتقِ).

وهذا مُشكِلٌ؛ لأن الطَّلاقَ يُقارِنُ التَّطليقَ؛ لأنه عِلّتُه، فيُكونُ مُقارِنًا للعِتق.

والجَوابُ: أنه جَعَل[4] العَتقَ مُقارِنًا للإعتاق مُطابَقةً للجُمهور، وجَعَل الطَّلاقَ

---

(١) في (ز): تقديم.

(٢) في (هـ): يفارق.

(٣) في (هـ): مضاف.

(٤) في (هـ): أنه إن جعل.

مُتأخِّرًا عن التَّطليق اقتِفاءً[1] للبَعض.

وإنما لم يَعمَل[2] على العَكس: لأن الطَّلاقَ مُختصٌّ ببُطء الثُّبوتِ؛ لأنه أبغَضُ الْمُباحاتِ؛ لما مرّ، والعَتقُ مُختصٌّ بسُرعة الثُّبوتِ؛ لكَونه أحبَّ الْمُباحاتِ.

ألا تَرى أن الْمِلكَ تَأخَّر في البَيع الفاسِدِ عن البَيع إلى زَمان القبض، بخِلاف البيعِ الصَّحيحِ؛ لثُبوته على وَفق الدَّليلِ، وكونِه مَحبوبًا، وثُبوتُ الفاسدِ على خِلاف الدَّليلِ، وكونُه مَبغوضًا[3]: لكَونه مَنهيًّا عنه.

والجَوابُ عنه: أن الطَّلاقَ عندَ الحاجةِ لم يَبقَ مَبغوضًا.

ولهما: أن الطَّلاقَ تَعلَّق بما تَعلَّق به العَتقُ، والعَتقُ يُصادِفُ الأمةَ، فكذا الطَّلاقُ[4].

والطَّلقتان تُحرِّمان الأمةَ حُرمةً غَليظةً؛ وهذا لأن التَّطليقَ وإن كان يُقارِنُ الإعتاقَ والعَتقَ على ما ذَكَرنا.. ولكنَّ زَمانَ التَّطليقِ[5] زَمانُ ثُبوتِ العِتقِ، والشَّيءُ في زَمان الثُّبوتِ ليس بثابِتٍ، وعليه إطباقُ العُقَلاءِ، فلا يُصادِفُها التَّطليقتان وهي حُرّةٌ.

بخِلاف الْمَسألةِ الأُولى؛ لأن العَتقَ ثَمَّ شرطٌ، فيَقَعُ الطَّلاقُ بعدَ العَتقِ ضَرورةَ أنهما يَتعاقَبان، وبخِلاف العِدّةِ؛ لأنه يُحتاطُ فيها، وكذا الحُرمةُ الغَليظةُ يُحتاطُ فيها.

(أنتِ طالِقٌ هكذا[6])، وأَشار بثَلاث أصابعَ: وَقَع ثَلاثٌ.

---

(١) في (ب): إبقاءً.

(٢) في (ب): يحمل.

(٣) في (هـ): منصوصًا.

(٤) في (د): الطلقة.

(٥) في (هـ): العتق.

(٦) في (م): بكذا.

وإن قال: (أنتِ طالِقٌ هكذا)، وأَشار بإصبَعٍ: طَلُقت واحِدةً، وإن أَشار بإصبَعَين طَلُقت ثِنتَين، وإن أَشار بثلاثةٍ طَلُقت ثلاثًا؛ لأن الإشارةَ بالأصابع تُفيدُ العِلمَ بالعَدَد إذا اقترَنت بالعَدَد الْمُبهَمِ، بالسُّنّة وإجماعِ الأُمّةِ، قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الشَّهرُ هكذا وهكذا وهكذا»، وأَشار بأصابِعه العشرِ، يَعني: ثلاثين يومًا، ثم قال في الْمَرّة الثّانيةِ: «الشَّهرُ هكذا وهكذا وهكذا[1]»، وخَنَس[2] إبهامَه في الْمَرّة الثّالثةِ، يَعني: تِسعةً وعِشرين يومًا[3].

والإشارةُ تَقَعُ بالْمَنشورة لا بالْمَضمومة، أي الْمَعقودةِ، والعُرفُ دَليلٌ على هذا، وكذا السُّنّةُ، فإنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ لَمّا خَنَس[4] إبهامَه في الثّالِثة.. كان الاعتِبارُ بما نَشَر من الأصابع دونَ ما عَقَد[5].

فلو نَوى الإشارةُ بالْمَضمومتَين لم يُصدَّق قَضاءً، ودُيِّن فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، حتى يَقَعُ ثِنتان دِيانةً.

وكذا لو قال: (عَنَيتُ الإشارةَ بالكفِّ دونَ الأصابعِ): دُيِّن فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، ولا يُصدَّقُ قَضاءً، حتى تَقَعُ واحِدةٌ دِيانةً؛ لأنه نَوى ما يَحتمِلُه، لكنه خِلافُ الظّاهِرِ.

وإذا أَشار بأصابِعه وقال: (أنتِ طالِقٌ)، ولم يقل: (هكذا): فهي واحِدةٌ؛ لأنه إنما تُعتبَرُ الإشارةُ تَفسيرًا عندَ ذِكرِ العدَدِ الْمُبهَمِ، فإذا لم يُوجَد العدَدُ الْمُبهَمُ بَقِي الاعتِبارُ

(١) سقطت من (أ).

(٢) في (هـ) و(ز): وحبس.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) في (هـ) و(ز): حبس.

(٥) كتب في حاشية (و): لأنه لو اعتبر المقبوض لكان المفهوم أحدًا وعشرين يومًا، فدل أن المعتبر في الإشارة بالأصابع المرسل منها دون المقبوض. (صح).

لقَوله: (أنتِ طالِقٌ)، وهو لا يَحتمِلُ العدَدَ.

(أنتِ طالِقٌ بائِنٌ)، أو (أفحَشَ الطَّلاقِ)، أو (طَلاقَ الشَّيطانِ(م)[1])، أو (البِدعةِ(س م))، أو (كالجَبَلِ(س))، أو (أشَدَّ الطَّلاقِ)، أو (كألفٍ(م))، أو (مِلءَ البيتِ)، أو (تَطليقةً شَديدةً)، أو (طَويلةً(ز س))، أو (عَريضةً(ز س)): فهي واحِدةٌ بائِنةٌ(ف) إن لم يَنوِ ثَلاثًا.

وإذا وَصَفَ الطَّلاقَ بضربٍ من الزِّيادة والشِّدّةِ: كان بائِنًا، مِثلُ أن يَقولَ: (أنتِ طالِقٌ بائِنٌ)، أو (البَتّةَ)، سَواءٌ دَخَل بها أَوْ لا، نَوى أَوْ لا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَقَعُ[2] واحِدةً رَجعيّةً إن دَخَل بها؛ لأن الرَّجعةَ في العِدّة حُكمُ الطَّلاقِ بعدَ الدُّخولِ بالنَّصّ[3]، فلا يَملِكُ الزَّوجُ تَبديلَه، كما لا يَملِكُ تَبديلَ سائرِ أحكامِ الشَّرعِ.

ألا تَرى أنه لو قال لغَيره: (أعَرتُك إعارةً لازِمةً)، أو (وَهَبتُك هِبةً مُوجِبةً للمِلك قبلَ القبضِ)، أو (باتّةً لا رُجوعَ لي فيها) على أَصلكم، أو قال: (أنتِ طالِقٌ على أن لا رَجعةَ لي عليكِ): كان باطِلًا.

وإنما تَنقطِعُ الرَّجعةُ بما عَلَّق اللهُ تَعالى القطعَ به، بأن يَجعَلَه ببدَلٍ أو يُطلِّقَها ثَلاثًا.

ولنا: أنه وَصَفَ الطَّلاقَ بما يَحتمِلُه، وهو البَينونةُ، ولهذا تَثبُتُ البَينونةُ قبلَ الدُّخولِ وبعدَ انقِضاءِ العِدّةِ بالطَّلاقِ؛ لأنه لا تَأثيرَ للأجَل في ثُبوت البَينونةِ.

---

(١) في الشيطان قولان: أحدهما: أنه مِن شَطَن.. إذا بعد عن الحق أو عن رحمة الله، فتكون النون أصليةً، ووزنه فيعال، وكل عات متمرد من الجن والإنس والدواب فهو شيطان، ووصف أعرابي فرسه فقال: كأنه شيطان في أشطان، والقول الثاني: أن الياء أصلية، والنون زائدة، عكس الأول، وهو من شاط يشيط، إذا بطل أو احترق، فوزنه فعلان. «المصباح» ١/ ٣١٣.

(٢) في (ز): تقع.

(٣) أي قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وهذا لأن الطَّلاقَ في الأَصل مُوجِبٌ للبينونة في الحال؛ لأنه شُرِع لرَفع النِّكاحِ وقطعِه، **والأصلُ**: أن السَّبَبَ إذا انعَقد يَتعجَّلُ حُكمُه، إلا أن النَّصَّ وَرَد بالتَّأجيل إلى انقِضاء العِدّةِ في صَريح الطَّلاقِ إذا لم يَتَّصِف بالبينونة، فبَقِي ما عَداه على قَضِيّة القِياسِ.

وثَبَت أنّا لا نُغيِّرُ(١) حُكمَ الشَّرعِ بتَمليك الإبانةِ، بل نُقرِّرُ الحُكمَ الأصليَّ، ونَقصُرُ هذا العارِضَ الذي فيه الخِيارُ على ما وَرَد فيه النَّصُّ، فتَقَعُ واحِدةٌ بائِنةٌ إن لم تكن له نِيّةٌ، أو نَوى الثِّنتَين، وإن نَوى الثَّلاثَ فثَلاثٌ؛ لما مرّ.

ومَسألةُ الرَّجعةِ مَمنوعةٌ.

ولو نَوى بقَوله: (أنتِ طالِقٌ) واحِدةً، وبقَوله: (بائِنٌ) أو (البتّةَ) أُخرى: تَقَع تَطليقتان بائِنتان؛ لأن هذا الوصفَ صالِحٌ للإيقاع ابتِداءً، فإنه لو قال: (أنتِ بائِنٌ) أو (البتّةَ)، ونَوى به الطَّلاقَ: يَصِحُّ، فكذا إذا نَوى به تَطليقةً أُخرى.

وكان يَنبَغي أن تكونَ إحداهما رَجعيّةً؛ عملًا بقوله: (أنتِ طالِقٌ)، إلا أنّا جَعَلناها بائِنةً لعَدَم الإمكانِ؛ لأن الثّانيَ يَكونُ بائِنًا، فيَكونُ الأوَّلُ بائِنًا ضَرورةً؛ إذ لا يُتصوَّرُ بَقاءُ الأوَّلِ رَجعيًّا إذا صار الثّاني بائِنًا.

وكذا إذا قال: (أفحشَ الطَّلاقِ)، أو (أخبثَه)، أو (أسوأَه)، أو (طَلاقَ الشَّيطانِ)، أو (البِدعةِ)؛ لأن الطَّلاقَ في نَفسه مَشروعٌ غيرُ مَوصوفٍ بالفُحش والخُبثِ والسُّوءِ، فإنما يُوصَفُ بهذه الأوصافِ باعتِبار أثَرِه، وفُحشُه وخُبثُه وسُوءُه بأن يَكونَ قاطِعًا للنِّكاح في الحال، فصار هذا والتَّلفُّظُ بلَفظ البائِنِ سَواءً.

والطَّلاقُ الرَّجعيُّ هو المَسنونُ، فيَكونُ طَلاقُ الشَّيطانِ والبِدعةِ بائِنًا.

وعن أبي يوسفَ في قَوله: (أنتِ طالِقٌ للبِدعة): أنه لا يَكونُ بائِنًا بلا نِيّةٍ؛ إذ البِدعةُ

(١) في (هـ): نعتبر.

قد تكونُ بحَسَب الإيقاعِ في الحَيض، فلا بُدَّ من النِّيَّة.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا قال: (أنتِ طالِقٌ للبِدعة)، أو (طَلاقَ الشَّيطانِ): يَكونُ رَجعيًّا؛ لِما بَيَّنّا، فلا تَثبُتُ البينونةُ بالاحتِمال.

وكذا إذا قال: (كالجبَل)، أو (مِثلَ الجبَلِ)؛ لأن التَّشبيهَ به يُوجِبُ زِيادةً لا مَحالةَ، وذا بإِثبات صِفةِ البَينونةِ.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَكونُ رَجعيًّا؛ لأنه تَشبيهٌ[1] في تَوحيده؛ إذ الجبَلُ شيءٌ واحِدٌ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ أشدَّ الطَّلاقِ)، أو (كألفٍ)، أو (مِلءَ البيتِ): طَلُقت واحِدةً بائِنةً، إلا أن يَنويَ ثَلاثًا.

أما الأوَّل: فلأنه وَصَفه بالشِّدّة، وشِدّةُ الطَّلاقِ تكونُ من حيث الحُكمُ، وهو البائِنُ؛ لأن الرَّجعيَّ يَحتمِلُ الانتِقاضَ بالرَّجعة، والبائِنُ لا يَحتمِلُه.

وإنما صَحَّت نِيّةُ الثَّلاثِ: لأنه ذَكَر المَصدَرَ، وهو اسمُ جِنسٍ يَحتمِلُ الثَّلاثَ بلا وَصف الشِّدّةِ، فهنا أَولى.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَتعيَّنَ الثَّلاثُ بلا نِيّةٍ؛ لأنه لو قال: (أنتِ طالِقٌ شَديدةً) يَقَعُ البائِنُ، و(أشدّ) أقوى منه، فيَنبَغي أن يَنصرِفَ إلى الثَّلاث بلا نِيّةٍ.

قُلنا: هذه الصِّيغةُ تَرِدُ مرّةً لإثبات التَّفضيلِ، وطَورًا لبَيان مُجرَّدِ الإثباتِ، كقَولهم: (النّاقصُ والأشجُّ[2] أعدَلا بَني مَروانَ)، أي عادِلا بَني مَروانَ، فلا يَجوزُ حملُ مُطلَقِ اللَّفظِ على الثَّلاث مع هذا الاحتِمالِ.

---

(١) في (هـ): لأنه يشتبه به.

(٢) الناقص هو يزيد بن عبد الملك بن مروان، والأشج هو عمر بن عبد العزيز بن مروان رضي الله تعالى عنه.

وأما الثّاني: فلأنه شَبَّه الطَّلاقَ بالألف، والألفُ قد يُشبَّهُ به من حيث العددُ، وقد يُشبَّهُ به من حيث القُوّةُ، يُقالُ: (هو كألفٍ)، ويُرادُ به القُوّةُ والعِظَمُ، وقُوّةُ الطَّلاقِ وعِظَمُه في البَينونة، فأيُّهما نوى صَحَّت نِيّتُه.

وعندَ عدَمِ النيّةِ يَثبُتُ أقلُّهما، وهي الواحِدةُ البائِنةُ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَقَعُ الثَّلاثُ في قَوله: (كألفٍ) بلا نِيّةٍ؛ لأن الألفَ اسمٌ للعَدَد، فكان التَّشبيهُ بالألف تَشبيهًا بالعَدَد ظاهِرًا، كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ كعَدَد ألفٍ).

وأما الثّالثُ: فلأن الشَّيءَ قد يَملأُ البيتَ لعِظَمه في نَفسه، وقد يَملؤُه لكَثرته، فأيًّا نَوى صَحَّت نِيّتُه، وعندَ عدَمِ النّيّةِ يَثبُتُ أقلُّهما، وهي الواحِدةُ البائِنةُ.

ثم الأصلُ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه متى شَبَّه الطَّلاقَ بشيءٍ: يَقَعُ واحِدةً بائِنةً، سَواءٌ كان الْمُشبَّهُ به عَظيمًا[1] أو صَغيرًا، ذَكَر العِظَمَ أوْ لا؛ لأن التَّشبيهَ يَقتَضي زِيادةَ وصفٍ، وذا بالبَينونة.

وعندَ أبي يوسفَ: إنْ ذَكَر العِظَمَ يَكونُ بائِنًا، وإلا لا، صَغيرًا كان الْمُشبَّهُ به أو كَبيرًا؛ لأن التَّشبيهَ قد يَكونُ في التَّوحيد على التَّجريد، وذِكرُ العِظَمِ للزِّيادة لا مَحالةَ.

وعندَ زفرَ: إن كان الْمُشبَّهُ به مما يُوصَفُ بالعِظَم عندَ النّاسِ يَقَعُ بائِنًا، وإلا فهو رَجعيٌّ، ذَكَر العِظَمَ أوْ لا.

وقِيل: محمدٌ مع أبي حنيفةَ، وقِيل: مع أبي يوسفَ، رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

بَيانُه: أنه إذا قال: (أنتِ طالِقٌ مِثلَ رأسِ الإبرةِ)، أو (مِثلَ حبّةِ خَردَلٍ): يَقَعُ واحِدةً بائِنةً عندَ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ وزفرَ: رَجعيٌّ.

---

(١) في (هـ): المشبه عظيمًا.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ مِثلَ عِظَمِ رأسِ الإبرةِ)، أو (مِثلَ عِظَمِ حبّةِ خَردَلٍ): تقَعُ واحِدةٌ بائِنةٌ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وأبي يوسفَ، وعندَ زفرَ: يَقَعُ رَجعيٌّ.

أما عندَ أبي حنيفةَ: فللتَّشبيه.

وأما عندَ أبي يوسفَ: فلذِكر العِظَمِ.

وأما عندَ زفرَ: فلأنه ليس للمُشبَّه به عِظَمٌ.

ولو قال: (مِثلَ عِظَمِ رأسِ الجبَلِ[1]) يَقَعُ بائِنًا عندَ الكلِّ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ عدَدَ التُّرابِ): يَقَعُ واحِدةً رَجعيّةً عندَ أبي يوسفَ؛ لأن التُّرابَ لا يُمكِنُ عدُّه، فيَلغو ذِكرُه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَقَعُ الثَّلاثُ؛ لأنه يُرادُ به الكَثرةُ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ شَديدةً)، أو (طَويلةً)، أو (عَريضةً): طَلُقت واحِدةً بائِنةً؛ لأن شِدّةَ الشَّيءِ وقُوّتَه بأن لا يَحتمِلُ الاعتِراضَ عليه بنَقض حُكمِه بوجهٍ، وذا هو البائِنُ؛ إذ الرَّجعيُّ يَحتمِلُه، والطُّولُ والعرضُ عِبارتان عن الكَمال والقوّةِ، يُقالُ: لهذا الأمرِ طولٌ وعرضٌ.

وقُوّتُه في البَينونة؛ إذ الرَّجعيُّ ضَعيفٌ بمُقابَلة البائِنِ.

وعن أبي يوسفَ وزفرَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أنه يَقَعُ رَجعيّةً؛ لأنه لا يُوصَفُ بالطُّول والعرضِ، فيَلغو.

ولو نَوى الثَّلاثَ في هذه الفُصولِ: صَحَّت نِيّتُه؛ لأن الواقِعَ بها بائِنٌ، والبَينونةُ تَتنوَّعُ إلى غَليظةٍ وخَفيفةٍ، فصَحَّت نِيّةُ تَعيينِ إحداهما.

---

(١) في (هـ): الحبل.

طَلَّق غيرَ الْمَوطوءةِ ثَلاثًا: وَقَعْنَ(ر)، فإن فَرَّق(ك) لا.

وإذا قال لامرَأته قبلَ الدُّخولِ بها: (أنتِ طالِقٌ ثلاثًا): يَقَعُ الثَّلاثُ عليها.

وعندَ الحسَنِ البَصريِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَقَعُ واحِدةٌ، إلا إذا قال: (أوقَعتُ عليكِ ثَلاثَ تَطليقاتٍ)؛ لأن الثَّلاثَ صادَفها وهي أجنَبيّةٌ، فصار كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ وطالِقٌ وطالِقٌ).

ولنا: أنه متى ذُكِر العدَدُ فالْمُوقَعُ هو العدَدُ؛ لما مرّ.

فإن فَرَّق الطَّلاقَ بانَت بالأُولى، ولم تَقَع الثّانيةُ والثّالثةُ.

وذلك مِثلُ أن يَقولَ: (أنتِ طالِقٌ، أنتِ طالِقٌ، أنتِ طالِقٌ)، أو يَقولَ: (أنتِ طالِقٌ طالِقٌ طالِقٌ)، أو يَقولَ: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً وواحِدةً وواحِدةً).

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذا: تَطلُقُ ثَلاثًا؛ لأن الواوَ للجَمعِ، والجمعُ بحَرف الجمعِ كالجَمع بلَفظه.

ولنا: أن الواوَ لِمُطلَق العطفِ، وليس في آخِر كَلامِه ما يُغيِّرُ مُوجَبَ أوَّلِه؛ لأن مُوجَبَ أوَّلِه وُقوعُ الطَّلاقِ، وهو واقِعٌ، سَواءٌ أوقَع الثّانيةَ والثّالثةَ أوْ لا، فتَبِينُ بالأُولى كما تَكلَّم بها، فتُصادِفُها الثّانيةُ وهي مُبانةٌ غيرُ مُعتدّةٍ.

وهذا بخِلاف ما لو ذَكَر شرطًا أو استِثناءً في آخِر الكَلامِ؛ لأن في آخِر الكَلامِ ما يُغيِّرُ مُوجَبَ أوَّلِه، فيَتوقَّفُ أوَّلُه على آخِره.

قولُه: (الجمع بحَرف الجمعِ كالجَمع بلَفظه).. **قُلنا**: نعم، لكنَّ الجمعَ لم يَصِحَّ؛ لأنها بانَت بالأُولى.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَتوقَّفَ صدرُ الكَلامِ ليَتحقَّقَ الجمعُ.

قُلنا: لو تَوقَّف لصار للقِران.

فإن قِيل: لو لم يَتوقَّف لصار للتَّرتيب.

قُلنا: الواوُ لِمُطلَق العطفِ لا للقِران والتَّرتيبِ، لكنَّ الطَّلاقَ وَقَع لوُجود سبَبِ الوُقوعِ، فلم يَبقَ محَلًّا للثّانية.

ماتَت بعدَ الإيقاعِ قبلَ العَدَدِ: لم يَقَع[1].

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً[2])، فماتَت قبلَ قولِه: (واحِدةً): كان باطِلًا؛ لأن الواقِعَ هو العدَدُ على ما مرّ، فإذا ماتَت قبلَ العددِ بَطَل المحَلُّ قبلَ الإيقاعِ، فبَطَل الإيقاعُ؛ لأنه يَفتقِرُ إلى الأَهل والمحَلِّ.

وكذا لو قال: (أنتِ طالِقٌ ثِنتَين أو ثَلاثًا)؛ لما قُلنا.

وهذه الْمَسائلُ تُجانِسُ الْمَسائلَ الْمُتقدِّمةَ من حيث فَواتُ المحَلِّ عندَ الإيقاعِ، ولها مُناسَبةٌ خاصّةٌ بقَوله: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا) قبلَ الدُّخولِ بها؛ إذ الواقِعُ هو العدَدُ فيهما.

(أنتِ طالِقٌ واحِدةً وواحِدةً)، أو (قبلَ واحِدةٍ)، أو (بعدَها واحِدةٌ): تَقَعُ واحِدةٌ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً قبلَ واحِدةٍ)، أو (بعدَها واحِدةٌ): وَقَعت واحِدةٌ.

والأصلُ: أن القَبليّةَ والبَعديّةَ[3] صِفةٌ للمَذكور أوَّلًا إن لم يُذكَر بالكِناية، وإن ذُكِر بها فصِفةٌ للمَذكور آخِرًا، تَقولُ: (جاءَني زيدٌ قبلَ عمرٍو).. اقتَضى[4] سَبْقَ زيد، وإن قُلت: (قبلَه عمرٌو) اقتَضى سَبْقَ عمرٍو.

---

(١) كما لو قال لها: أنت طالق ثلاثًا، فماتت عند قوله طالق.

(٢) شطبت في (ج).

(٣) في (أ) و(ج) و(و) و(ز): أو البعدية.

(٤) في (هـ): فاقتضى.

وأن إيقاعَ الطَّلاقِ في الماضِي إيقاعٌ في الحال؛ لأن من ضَرورة الإسنادِ الوُقوعَ في الحال، وهو يَملِكُ الإيقاعَ ولا يَملِكُ الإسنادَ، فثبَت ما في وُسعه لا ما ليس في وُسعه.

فالقَبليّةُ في قَوله: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً قبلَ واحِدةٍ) صِفةٌ للأُولى.

ولو لم يُقيِّدها بهذا الوصفِ لكن قال: (وواحِدةً): وَقَعت الأُولى سابِقةً، فهنا أَولى، ولما بانَت بالأُولى لا تَقَعُ الثّانيةُ؛ لفَوات المحَلِّ.

والبَعديّةُ في قَوله: (بعدَها واحِدةٌ) صِفةٌ للأخِيرة، وهي مُتأخِّرةٌ وإن لم تُؤكَّد، فإذا[1] أُكِّدت أَولى أن تَتأخَّرَ، فبانَت بالأُولى.

وفي (بعدَ واحِدةٍ)، أو (قبلَها واحِدةٌ)، أو (مع)، أو (معها[س])، أو (ونِصفٌ[2]): ثِنتان.

وإذا قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً قبلَها واحِدةٌ): يَقَعُ ثِنتان؛ لأن القَبليّةَ صِفةٌ للثّانِية؛ لاتِّصالها بالكِناية[3]، فاقتَضى إيقاعَها في الماضِي وإيقاعَ الأُولى في الحال، والإيقاعُ في الماضِي إيقاعٌ في الحال؛ لأن مَن قَصَد القَبليّةَ يَكونُ قاصِدًا للقِران ضَرورةً، فيَثبُتُ مِن قَصده قَدْرُ ما في وُسعه.

وإذا قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً بعدَ واحِدةٍ): تَقَعُ ثِنتان أيضًا؛ لأن البَعديّةَ صِفةٌ للأُولى، فيَقتَضي تَأخيرَ الأُولى، وذا ليس في وُسعه بعدَما أوجَبها، وفي وُسعه الجمعُ، بأن يَقرِنَ الثّانيةَ بها، فثبَت مِن قَصده قَدْرُ ما في وُسعه.

وإذا قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً مع واحِدةٍ)، أو (معها واحِدةٌ): تَقَعُ ثِنتان؛ لأن (مع) للقِران، فتَوقَّفت الأُولى على الثّانِية تَحقيقًا لِمُراده، فوَقَعتا معًا.

---

(١) في (ب): وإن لم يوكد بما إذا.

(٢) في (ن) و(ف): أو نصف، وفي (ع): أو نصفها.

(٣) في (ج): بالثانية.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في قَوله (معها واحِدةٌ): تَقَعُ واحِدةٌ؛ لأن الكِناية تقتضي وُجودَ الْمُكْنَى عنه سابِقًا.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً ونِصفًا): طَلُقت ثِنتَين.

وعندَ زفرَ: تَقَعُ واحِدةٌ؛ لأن نِصفَ التَّطليقتَين[1] تطليقةٌ، فكأنه قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً وواحِدةً).

ولنا: أنه كَلامٌ واحِدٌ معنًى؛ لأنه عدَدٌ لا بُدَّ له من اسمٍ، ولا يُقدَرُ أن يُعبَّرَ عن واحِدةٍ ونِصفٍ بأوجزَ من هذا، فلا يُفصَلُ بعضُه عن بعضٍ.

بخِلاف قولِه: (واحِدةً وواحِدةً)؛ لأنهما عِبارتان؛ لأن للثِّنتَين عِبارةً أوجزَ من هذا، بأن يَقولَ: ثِنتان.

وهذا كلُّه إذا لم يَدخُل بها، فإن دَخَل بها يَقَعُ ثِنتان في الوُجوه كلِّها؛ لأن المحَلِّيَّةَ لا تَبطُلُ بوُقوعِ الأُولى.

(إن دَخَلْتِ فأنتِ طالِقٌ واحِدةً وواحِدةً)، فدَخَلَت: تَقَعُ واحِدةٌ(س م)، وثِنتان إن أخَّر الشَّرطَ.

ولو قال لها: (إن دخَلْتِ الدّارَ فأنتِ طالِقٌ واحِدةً وواحِدةً)، فدخَلَت: وَقَعت واحِدةٌ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: يَقَعُ ثِنتان.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ واحِدةً وواحِدةً إن دخَلْتِ الدّارَ)، فدخَلَت: طَلُقت ثِنتَين.

لهما: أنه أوقَعهما عندَ الشَّرطِ، وحالُ وُجودِ الشَّرطِ حالةٌ واحِدةٌ، فكان حالُ الوُقوعِ واحِدةً ضَرورةً، فوَقَعا[2] جُملةً، كما إذا أخَّر الشَّرطَ.

---

(١) في (د) و(و) و(ز): التطليقة.

(٢) في (ز): فوقعتا.

وهذا لأن الواوَ للجمع الْمُطلَقِ دونَ التَّرتيبِ، فإنه إذا قال: (جاءَني زيدٌ وعمرٌو) كان إخبارًا بمَجيئهما بلا تَرتيبٍ، حتى صحَّ الاستِفسارُ بالتَّرتيب والقِرانِ.

ومُوجَبُ الكَلامِ الاجتِماعُ؛ لأن الثّانيةَ ناقِصةٌ، فشارَكَت الأُولى، والأُولى تعلَّقت بلا واسِطةٍ، فكذا الثّانيةُ.

وهذا لأنه في الحال تَكلَّم بالطَّلاق، وليس بطَلاقٍ، فلو حَصَل التَّرتيبُ لصار في التَّكلُّم بالطَّلاق لا في صَيرورته طَلاقًا، كما إذا حَصَل التَّعليقُ بشُروطٍ تَتخلَّلُها أزمِنةٌ.

وإذا كان مُوجَبُه الاجتِماعَ لا يَتغيَّرُ بالواو؛ لأنه لا يَتعرَّضُ للتَّرتيب، فيَقَعْنَ جُملةً عندَ وُجودِ الشَّرطِ.

وله: أنه عَلَّقهما بالشَّرط مُرتَّبًا، فتَعلَّقا مُرتَّبًا، فوَقَعا مُرتَّبًا؛ إذ الوُقوعُ حُكمُ التَّعلُّقِ[1]، والتَّعلُّقُ حُكمُ التَّعليقِ، كما لو قال: (إن تَزوَّجتُكِ فأنتِ طالِقٌ واحِدةً، وبعدَها[2] أُخرى).

وإذا وَقَعا مُرتَّبًا بانَت بالأُولى، ولم تَقَع الثّانيةُ؛ وهذا لأن مُوجَبَ هذا الكَلامِ التَّرتيبُ؛ لأنه تَعلَّق الأوَّلُ بالشَّرط بلا واسِطةٍ، والثّانيةُ بواسِطةٍ، والواوُ لا تَتعرَّضُ للقِران، فلا يَتغيَّرُ التَّرتيبُ الثّابتُ بنَفس الكَلامِ به، فجاء التَّرتيبُ في الوُقوع ضَرورةَ التَّرتيبِ في التَّعلُّق[3].

ولأن الْمُعلَّقَ بالشَّرط كالْمُنَجَّز عندَه؛ لأنه يَصيرُ كالْمُتكلِّم بذلك الكَلامِ عندَ الشَّرطِ، ولو تكلَّم هكذا عندَ الشَّرطِ حَقيقةً يَقَعُ الثَّلاثُ مُرتَّبًا، فكذا إذا صار كالْمُتكلِّم به حُكمًا.

---

(١) في (ز): التعليق.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): بعدها.

(٣) في (هـ): التعليق.

وهذا بخِلاف ما إذا أعاد الشَّرطَ؛ لأن كلَّ تطليقةٍ ثَمَّ تُعلَّقُ بالشَّرط بلا واسِطةٍ، وإنما التَّفرُّقُ في زَمان التَّعليقِ، وذا لا يُوجِبُ التَّفرُّقَ في الوُقوع؛ إذ الشَّرطُ الواحِدُ يكفي لأيمانٍ كَثيرةٍ، فانحَلَّت اليَمينان في حالةٍ واحِدةٍ.

وبخِلاف ما إذا أخَّر الشَّرطَ؛ لأن صدرَ الكَلامِ يَتوقَّفُ على آخِره إذا كان في آخِره ما يُغيِّرُ مُوجَبَ صدرِه؛ لأنه في مَعنى البَيانِ لكَلامه، ولا يُمكِنُنا أن نَجعَلَ ذلك بَيانًا له إلا بتَوقُّف حُكمِ الكَلامِ عليه..

وهنا في آخِره ما يُغيِّرُ صدرَه؛ لأن مُوجَبَ الصَّدرِ الإيقاعُ، وبآخِره يَتبيَّنُ أنه تَعليقٌ، فإذا تَوقَّف عليه تَعلَّق الكلُّ بالشَّرط جُملةً، فصار حالُ التَّعلُّقِ[1] واحِدًا، فاتَّحَد حالُ الوُقوعِ ضَرورةً.

وأما إذا قَدَّم الشَّرطَ: فليس في آخِر الكَلامِ ما يُغيِّرُ صدرَه، فلا يَتوقَّفُ أوَّلُه على آخِره؛ لعَدَم الضَّرورةِ إلى التَّوقُّف، فتَعلَّق كلُّ طَلاقٍ به كما ذُكر، فجاء التَّرتيبُ ضَرورةً، وصار هذا والتَّنجيزُ[2] سَواءً.

فإن قِيل: أليس أنه لو قال لغَير الْمَدخولِ بها: (إن دخَلْتِ الدّارَ فأنتِ طالِقٌ واحِدةً، لا بل ثِنتَين)، فدخَلَت الدّارَ: طَلُقت ثَلاثًا، ولو نَجَز بهذا اللَّفظِ قبلَ الدُّخولِ لم تَقَع إلا واحِدةٌ، فعُلِم أن التَّرتيبَ في التَّنجيز لا يَدُلُّ على التَّرتيب في التَّعليق[3].

وهذا لأن الْمُنجَزَ طَلاقٌ، فتَبِينُ بالأُولى قبلَ ذِكرِ الثّانيةِ، والْمُعلَّقُ ليس بطَلاقٍ، وإنما يَصيرُ طَلاقًا عندَ الشَّرطِ، ولَمّا صحَّ تَعلُّقُه[4] بالشَّرط يَنزِلُ عندَ وُجودِه جُملةً إذا

(١) في (هـ): التعليق.

(٢) في (هـ): والتخيير.

(٣) في (هـ): في النطق.

(٤) في (ب): تعدده، وفي (هـ) و(ز): تعليقه.

لم يكن في لَفظه ما يَدُلُّ على التَّرتيب.

قُلنا: (لا بل) لاستِدراك الغلَطِ بإقامة الثّاني مُقامَ الأوّلِ، وقد صحّ ذلك في التَّعليق؛ لبَقاء المحَلِّ بعدَما تعلّق الأوّلُ بالشَّرط، فتتعلَّقُ ثِنتان بالشَّرط بلا واسِطةٍ كالأُولى، والواوُ للعَطف على تَقرير[1] الأوَّلِ، فتعلّق[2] الثّاني بالشَّرط بواسِطة الأوَّلِ.

ولَمّا نَجّز بـ(لا بل) بانَت بالأُولى، ولم يَصِحَّ التَّكلُّمُ بالثِّنتَين؛ لفَوات المحَلِّ.

وهَبْ أنه لم يكن طَلاقًا يومَئِذٍ، لكن إنما يَصيرُ طَلاقًا عندَ الشَّرطِ كما تَعلَّق.

ولو قال: (إن دخلْتِ الدّارَ فأنتِ طالِقٌ فطالِقٌ فطالِقٌ).. قال الكَرخيُّ والطَّحاويُّ: إنه على الخِلاف الذي ذَكَرنا؛ لأن حرفَ الفاءِ للعَطف، كحَرف الواوِ، فتَطلُقُ ثلاثًا عندَهما.

وذكَر الفَقيهُ أبُو اللَّيثِ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه تَقَعُ واحِدةٌ عندَ الكلِّ إن قَدَّم الشَّرطَ؛ وهو الأصحُّ؛ لأن الفاءَ للتَّعقيب، ففي كَلامه تَنصيصٌ على أن الثّانيَة تَعقُبُ الأُولى، فتَبِينُ بالأُولى لا إلى عِدّةٍ، كما لو قال (ثُم) و(بعد)، بخِلاف الواوِ.

(أنتِ كذا ثم كذا ثم كذا إن كَلَّمتِه): تَعلّق الثّالثَ، وتَنجّز غيرُه[م].

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ ثم طالِقٌ ثم طالِقٌ إن كَلَّمتِ فلانًا).. فعندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إن كانَت مَدخولًا بها يَقَعُ في الحال ثِنتان، وتَتعلَّقُ الثّالثةُ بالكَلام.

وإن لم يكن مَدخولًا بها تَقَعُ واحِدةٌ في الحال، ويَلغُو ما بَقي.

وإذا قَدَّم الشَّرطَ فقال: (إن كَلَّمتِ فلانًا فأنتِ طالِقٌ ثم طالِقٌ ثم طالِقٌ).. تَعلَّقَ الأوّلُ بالشَّرط، ووَقَعت الثّانيةُ والثّالثةُ إن كانَت مَدخولًا بها، وإلا تَعلَّق الأُولى ووَقَع

(١) في (ز): تقدير.

(٢) في (ر): فيتعلق.

الثّاني، ولَغا الثّالثُ.

وعندَهما: تَعلّق الكلُّ بالشّرط، قَدَّم الشّرطَ أو أخّر، إلا أن عندَ وُجودِ الشّرطِ تَطلُقُ ثَلاثًا إن كانَت مَوطوءةً، وإلا تَطلُقُ واحِدةً.

وهذا بِناءً على أن (ثُم) للتّراخي اتِّفاقًا، لكنهم اختَلَفوا في أثَر التَّراخي، فقال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو بمَعنى الانقِطاعِ[1]، كأنه سَكَت ثم استَأنَف قولًا بعدَ الأوّلِ؛ اعتِبارًا لكَمال التّراخي.

وقالا[2]: التَّراخي راجعٌ إلى الوُجود والحُكمِ، وأما في التَّكلُّم: فمُتَّصِلٌ.

(أنتِ طالِقٌ مع كلِّ تَطليقةٍ)، أو (أنتِ مع كل تَطليقةٍ طالِقٌ)، أو (أنتِ طالِقٌ بعدَ كلِّ تَطليقةٍ)، أو (أنتِ طالِقٌ كلَّ تَطليقةٍ): وَقَع الثّلاثُ.
و(كلَّ التَّطليقةِ): واحِدةٌ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ تَطليقةً مع كلِّ تَطليقةٍ)، أو (أنتِ مع كلِّ تَطليقةٍ طالِقٌ)، أو (أنتِ طالِقٌ بعدَ كلِّ تَطليقةٍ)، أو (أنتِ طالِقٌ كلَّ تَطليقةٍ): تَقَعُ الثّلاثُ.

ولو قال: (كلَّ التَّطليقةِ): تَقَعُ واحِدةٌ.

والأصلُ: أن كَلِمةَ (كلّ) للإحاطة، فإذا أُضِيفت إلى المُنكَّر يَقتَضي عُمومَ أفرادِه إن كان له نِهايةٌ مَعلومةٌ، وإلا يَنصرِفُ إلى الأدنى[3]، وإذا أُضِيف إلى المُعرَّف يَقتَضي عُمومَ أجزائِه.

---

(١) في (هـ): الإيقاع.

(٢) في (هـ): وقال.

(٣) في (د): الأولى.

وعن هذا قِيل: (كلُّ رُمّانٍ مَأكولٌ) صِدقٌ، و(كلُّ الرُّمّانِ مَأكولٌ): لا[١].

ولو قال: (رَأيتُ كلَّ الدّارِ) كان لتَعميم أجزاءِ الدّارِ، ولو قال: (كلَّ دارٍ) كان على الدُّور كلِّها.

فلا جرَمَ قولُه: (كلَّ تَطليقةٍ) يَتناوَلُ الثَّلاثَ، وقد قَرَن بكلِّ تَطليقةٍ تَطليقةً أُخرى، فكان يَنبَغي أن يُزادَ عليه، إلا أن الطَّلاقَ لا يَزيدُ على الثَّلاث.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ بعدَ كلِّ تَطليقةٍ): وَقَع الثَّلاثُ، دَخَل بها أوْ لا؛ لأنه أوقَعَ الواحِدةَ بعدَ الكلِّ، فيَثبُتُ الكلُّ أوَّلًا.

(أنتِ طالِقٌ مع كلِّ امرَأةٍ لي)، أو (أنتَ حُرٌّ مع كلِّ عبدٍ لي): طَلُقْنَ، وعَتَقوا.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ مع كلِّ امرَأةٍ لي)، أو (أنت حُرٌّ مع كلِّ عبدٍ لي): طَلُقن، وعَتَقوا[٢]؛ لدُخول (كلّ) على مُنكَّرٍ له نِهايةٌ مَعلومةٌ.

ولو قال: (لك عليَّ مع كلِّ دِرهَمٍ دِرهَمٌ): لَزِمه دِرهَمان؛ لأنه دَخَل على ما لا تُعرَفُ غايتُه، فيُرادُ أَدناه.

ولو قال: (مع كلِّ دِرهَمٍ من هذه العشَرةِ دِرهَمٌ): لَزِمه عِشرون؛ لأن الكلَّ مَعلومٌ، فصار كالطَّلاق.

ولو قال: (على كلِّ دِرهَمٍ من الدَّراهِم): لَزِمه عشَرةٌ عندَه، وثَلاثةٌ عندَهما.

ولو قال: (على كلِّ دِرهَمٍ): لَزِمه دِرهَمٌ واحِدٌ؛ لأنه لا غايةَ له.

(أنتِ طالِقٌ إلى كذا(س ز))، أو (بعدَ يومِ الأَضحى): يَقَعُ بعدَه.

---

(١) في حاشية (ب): مأكول كذب. ط.

(٢) في (هـ): طلقت وعتق.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ إلى شهرٍ): يَقَعُ بعدَ شهرٍ.

وعندَ أبي يوسفَ وزفرَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَقَعُ في الحال؛ لأن الواقِعَ لا يَحتمِلُ التَّوقيتَ.

ولهما[1]: أن (إلى) لتأجيل ما دَخَل عليه، وقد دَخَل على الإيقاع، فأوجَب تأجيلَه.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ بعدَ يومِ الأَضحى): لم تَطلُق حتى يَمضيَ يومُه؛ لأنه أَضاف إلى وقتٍ، فلم يَقَع قبلَه.

وفي (بعدَها)، و(معها)، و(قبلَ)، و(قبلَها): في الحال، وفي (مع): عندَه.

ولو قال: (بعدَها)، أو (معها)، أو (قبلَ)، أو (قبلَها): يَقَعُ في الحال.

أما في (بعدَها) و(قبلَ): فظاهِرٌ.

وأما في (معها) و(قبلها): فكذلك؛ لأنه ليس له إثباتُ وصفٍ في اليَوم، فيَلغو، ووَقَع الطَّلاقُ في الحال.

ولو قال: (مع يومِ الأَضحى): لم تَطلُق حتى يَطلُعَ الفجرُ من يَوم الأَضحى؛ لأنه وَصَف الطَّلاقَ بالْمُقارَنة، فوَجَب تَأخيرُه إلى وُجوده.

(أنتِ طالِقٌ تَطليقةً تَقَعُ عليكِ غدًا): طَلُقت غدًا.
و(تَطليقةً لا تَقَعُ عليكِ إلا غدًا): تنجَز.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ تَطليقةً[2] تَقَعُ عليكِ غدًا): طَلُقت غدًا.

ولو قال: (لا تَقَعُ عليكِ إلا غدًا): تَقَعُ في الحال؛ لأن في الْمَسألة الأُولى وَصَف الطَّلاقَ بما يَليقُ به، وهو الوُقوعُ غدًا؛ إذ الطَّلاقُ مما يُوصَفُ بالوُقوع غدًا، فلم يَصِر

---

(١) في (ب) و(هـ): ولنا.

(٢) في (أ): تطليقتين.

فاصِلًا، وبَقي[1] الطَّلاقُ مُضافًا إلى الغَد، فلا يَقَعُ إلا بمَجيئه.

وفي الثّانِية وَصَف الطَّلاقَ بما لا يَليقُ به؛ لأنه متى وَقَع وَقَع في الأَوقات كلِّها، فلا يَحتمِلُ الخُصوصَ في الغَد، فصار هذا الوصفُ لغوًا، وبَقي الطَّلاقُ مُطلَقًا عن الوَقت، فيَقَعُ في الحال.

ومِثلُه: (تَطليقةً تَقَعُ عليكِ في دُخولكِ)، و (لا تَقَعُ عليكِ إلا في دُخولكِ).

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ تَطليقةً تَقَعُ عليكِ في دُخولكِ الدّارَ): لم تَطلُق حتى تَدخُلَ الدّارَ؛ لأنه وَصَف الطَّلاقَ بما يَحتمِلُه، وهو الاتِّصالُ بالدُّخول كأنه شَرَطه.

ولو قال: (لا تَقَعُ عليكِ إلا في دُخولكِ الدّارَ): وَقَعت في الحال؛ لأنه وَصَفها بما لا تَحتمِلُه، فتَلغو، وبَقي الإيقاعُ مُطلَقًا.

(أنتِ طالِقٌ كلَّ[ز] يومٍ)، أو (اليومَ وغدًا وبعدَ غدٍ)، أو (اليومَ ورأسَ الشَّهرِ[س])، أو (أبَدًا)، أو (يومًا ويومًا لا)، أو قال في اللَّيل: (أنتِ طالِقٌ في لَيلكِ ونَهارِكِ)، أو (في اللَّيل والنَّهارِ): اتَّحَد.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ كلَّ يومٍ).

أو (أنتِ طالِقٌ اليومَ وغدًا وبعدَ[2] غدٍ).

أو (أنتِ طالِقٌ اليومَ ورأسَ الشَّهرِ).

أو (أنتِ طالِقٌ أبدًا).

أو (أنتِ طالِقٌ يومًا ويومًا لا).

---

(١) في (ز): ونفى.

(٢) في (ب): أو بعد.

أو قال في اللَّيل: (أنتِ طالِقٌ في لَيلكِ ونَهارِكِ)، أو (في اللَّيل والنَّهارِ).. يَقَعُ واحِدةً.

أما الأوَّلُ: فلأن الْمَوصوفةَ بالطَّالِقيّة[1] في يومٍ مَوصوفةٌ بها في سائِرِ الأيّامِ، فلم يُوجَد ما يَقتَضي التَّكرارَ، فيَقَعُ واحِدةً، إلا إذا نَوى التَّكرارَ، فتَصِحُّ نِيّتُه بإِضمار (في).

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَتعدَّدُ وإن لم يَنوِ التَّكرارَ؛ لأن كَلِمةَ (كلّ) للتَّكرار، فتَكرَّرُ بتكرُّرِ اليومِ.

وأما الثّاني: فلأنها إذا طَلُقت في اليوم طَلُقت في سائِرِ الأيّامِ.

وأما الثّالثُ: فلأن الوصفَ دائِمُ الوُجودِ وإن تَفرَّقا، فلا يُحتاجُ إلا إلى واقِعٍ واحِدٍ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يَقَعُ رأسَ الشَّهرِ أُخرى؛ لأن ذِكرَ الوقتَين يَدُلُّ على إِرادة ظَرفيّةِ كلِّ واحِدٍ منهما.

وأما الرّابعُ: فلأن الطَّلاقَ متى وَقَع تَأبَّد، ولا حاجةَ في تأبيده إلى تَعدُّد الواقِعِ، إلا إذا نَوى التَّكرارَ، فإنه تَصِحُّ نِيّتُه؛ لأنه عِبارةٌ عن جُملة الأزمِنةِ، فتَدخُلُ فيه ساعاتُ الدَّهرِ، فكأنه قال: (ساعةً بعدَ ساعةٍ).

وأما الخامِسُ: فلأنه وَصَفها بالطّالِقيّة يومًا، وقولُه: (ويومًا لا) رفعٌ له، والطَّلاقُ بعدَما وَقَع لا يَرتفِعُ، فلَغا قولُه: (ويومًا لا).

وأما السّادسُ والسّابعُ: فلأنه جَعَلهما ظرفًا واحِدًا، فيَقَعُ واحِدةً بأوَّل الوقتَين، وهو وقتُ هذه الْمَقالةِ؛ لأن الأصلَ أنه متى أَضاف الطَّلاقَ إلى الوقتَين يَقَعُ بأوَّلهما؛ لأنه جَعَل كِلا الوقتَين ظرفًا، وإنما يَكونُ كِلاهما ظرفًا إذا وَقَع بأوَّلهما.

وفي: (كلَّ يومٍ)، أو (مع)، أو (عند)، أو (اليومَ وفي غدٍ وفي بعدِه)، أو (غدًا

---

(1) في (هـ): بالطلاقية.

واليومَ(ز))، أو (كلَّ يومٍ تَطليقةً)، أو (كُلَّما جاء أو مَضى يومٌ)، أو (اليومَ وإذا جاء رأسُ الشَّهرِ)، أو (أبَدًا يومًا ويومًا لا)، أو (في النَّهار واللَّيلِ)، أو (في نَهارك ولَيلِكِ)، أو (في لَيلك وفي نَهارك): تعدَّد.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ في كلِّ يومٍ).

أو (مع كلِّ يومٍ).

أو (عندَ كلِّ يومٍ).

أو (اليومَ وفي غدٍ وفي بَعد غدٍ).

أو (غدًا واليومَ).

أو (كلَّ يومٍ تَطليقةً).

أو (كلَّما جاءَ يومٌ).

أو (كلَّما مَضى يومٌ).

أو (أنتِ طالِقٌ اليومَ وإذا[1] جاء رأسُ الشَّهرِ).

أو (أنتِ طالِقٌ أبدًا يومًا ويومًا لا).

أو قال في اللَّيل: (أنتِ طالِقٌ في نَهاركِ ولَيلِكِ).

أو (في النَّهار واللَّيلِ).

أو (في اللَّيل وفي النَّهار).

أو (في لَيلكِ وفي[2] نَهارِكِ): تَعدَّد.

---

(١) في (ج): أو إذا.

(٢) في (د): أو في.

أما الأوَّلُ: فلأنه أفرَد كلَّ يومٍ بكَونه ظرفًا، فتَطلُقُ كلَّ يومٍ حتى تَبينَ بثَلاثٍ.

وكذا الثّاني والثّالثُ؛ لأن (مع) للمُقارَنة، و(عند) للحَضرة، وما يَكونُ في اليَوم الأوَّلِ لا يَكونُ عندَ الثّاني ولا مُقارِنًا له.

وأما الرّابعُ: فلأنه أفرَد كلَّ يومٍ بكَونه ظرفًا، فتَحدَّد[1] الْمَظروفُ.

وأما الخامِسُ: فلأن قولَه: (أنتِ طالِقٌ غدًا) إيقاعُ الطَّلاقِ في غدٍ، وبالطَّلاق في غدٍ لا تَصيرُ طالِقًا في اليَوم، فتَقَعُ طَلقةٌ أُخرى في اليَوم لتَصيرَ مَوصوفةً بذلك فيه.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَقَعُ واحِدةٌ، كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ اليومَ وغدًا).

وأما السّادسُ: فلأنه جَعَل (كلَّ يومٍ) ظرفًا للواقِع، فأوجَب عُمومَ الواقِعِ، فطَلُقت كلَّ يومٍ واحِدةً حتى تَبينَ بثَلاثٍ.

بخِلاف قولِه: (أنتِ طالِقٌ كلَّ يوم)؛ لأنه جَعَله ظرفًا للصِّفة، فأوجَب عُمومَ الصِّفةِ، وكونُها طالِقًا وصفٌ يَدومُ في الأيّام كلِّها.

وأما السّابعُ والثّامنُ: فلأنه عَلَّقه بشرطٍ مُتكرِّرٍ، فتَطلُقُ عندَ كلِّ مَجيءٍ أو مُضِيٍّ حتى تَبينَ بثَلاثٍ.

وأما التّاسعُ: فلأنه أرسَل أحدَهما وعَلَّق الآخرَ، فكانا غيرَين، فتَطلُقُ اليومَ واحِدةً، وإذا جاء رأسُ الشَّهرِ أُخرى.

وأما العاشِرُ: فلأنه ذَكَر الأبدَ، فصار ذِكرُ اليَومَين دورًا، فأوجَب التَّكرارَ، وآخِرُهنَّ في اليَوم السّادسِ.

وذَكَر في رِوايةِ أبي حفصٍ: آخِرُهنَّ في اليَوم الخامسِ؛ لأنه يَقَعُ يومًا، ثم لا يَقَعُ

---

(١) في (أ): متحدد، وفي (ج) و(ز): فتجدد.

يومًا، ثم يَقَعُ يومًا، ثم لا يَقَعُ يومًا، ثم يَقَعُ يومًا، فيَقَعُ الأوَّلُ في اليوم الأوَّلِ، والثّاني في اليوم الثّالثِ، والثّالثُ في اليوم الخامسِ.

والصَّحيحُ رِوايةُ أبِي سُلَيمانَ؛ لأنه جَعَل كلَّ يومَين دورًا، فيَقَعُ الطَّلاقُ يومًا، ولا يَقَعُ يومًا، فصار مُضافًا إلى أحَد اليومَين، والْمُضافُ إلى أحَد الوقتَين يَقَعُ في آخِرهما، كذا هنا.

وأما الحادِي عشَرَ والثّاني عشَرَ: فلأنه أَضاف الطَّلاقَ إلى النَّهار أوَّلًا، وذا لا يَكونُ واقِعًا في الحال، فمَسَّت الحاجةُ إلى إيقاع طَلاقٍ في النَّهار، وطَلاقٍ آخرَ في الحال؛ حتى يَكونَ صادِقًا في كَلامه.

بخِلاف ما مرّ؛ لأن ثَمَّ بَدأ باللَّيل، فطَلُقت في الحال، وهذا يَكفي لاتِّصافها بالطَّلاق في الغَد، فلا حاجةَ إلى إيقاع طَلاقٍ آخرَ في النَّهار.

وأما الثّالثَ عشَرَ والرّابعَ عشَرَ: فلأنه جَعَل كلَّ وقتٍ ظرفًا على حِدَةٍ، فيَستَدعي مَظروفًا على حِدَةٍ، فتَقَعُ في الحال واحِدةٌ، وفي النَّهار أُخرى.

(أنتِ كذا في قِيامكِ وقُعودِكِ): تَعلَّق بهما.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ في قِيامكِ وقُعودِكِ): تَعلَّق بهما؛ لأنه متى أَضاف الطَّلاقَ إلى الفِعلَين، وأدخَل (في) في أوَّلهما: كانا شرطًا واحِدًا؛ إذ الفِعلُ لا يَصلُحُ ظرفًا، فإن كانَت قاعِدةً فمَكَثت ساعةً، ثم قامَت: طَلُقت؛ لوُجود الشَّرطِ، وهو القِيامُ والقُعودُ.

لأن للدَّوام حُكمَ الابتِداءِ فيما له دَوامٌ[1]، حتى لو قامَت على فَور اليَمينِ لا تَطلُقُ ما لم تَقعُد.

---

(١) في (هـ): له حكم دوام.

و(في قِيامك وفي قُعودك): بأحدهما.

وإن قال: (في قِيامكِ وفي قُعودكِ[1]): فأيُّهما وُجِد يَقعُ؛ لأن (في) دخلَت في كلِّ واحِدٍ منهما، فكان كلُّ واحِدٍ شرطًا بنفسه، فتَعلَّق الطَّلاقُ بأحَدهما.

ومِثلُه: (في أكلكِ وشُربكِ)، و(في أكلكِ وفي شُربكِ).

(أنتِ كذا غدًا أو بعدَه): وَقَع بعدَه، وبالواو: في الغَد، وفي الشَّرط: عكسُه.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ غدًا أو بعدَ غدٍ): يَقَعُ بعدَ غدٍ؛ لأنه جَعَل أحدَ[2] الوقتَين ظرفًا.

والأصلُ فيه: أنه متى أَضاف الطَّلاقَ إلى أَحَد الوقتَين يَقَعُ بآخِرهما؛ لأنه جَعَل أحدَ الوقتَين ظرفًا، وإنما يكون أحَدُهما ظرفًا إذا وَقَع بآخِرهما.

وإن قال: (غدًا وبعدَ[3] غدٍ): يَقَعُ في الغَد؛ لأنه جَعَل كِلَيهما ظرفًا، فيَقَعُ بأوَّلهما ليَكونَ[4] ظرفًا.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ إذا جاء غدٌ أو بعدَ غدٍ)، أو (إذا قَدِم فُلانٌ أو فُلانٌ): يَقَعُ بأوَّلهما؛ لأنه جَعَل الشَّرطَ أحدَهما، وإنما يَكونُ الشَّرطُ أحدَهما إذا وَقَع بأوَّلهما.

ولو كان بالواو يَقَعُ عندَ الأخيرِ؛ لأنه جَعَل كِلَيهما شرطًا، وإنما يَكونان شرطًا إذا وَقَع بآخِرهما.

إلا إذا أَعاد الشَّرطَ، بأن قال: (أنتِ طالِقٌ إذا جاء غدٌ وإذا جاء بعدَ غدٍ)، أو (إذا قَدِم فُلانٌ وإذا قَدِم فُلانٌ)، فأيُّهما وُجِد يَقَعُ؛ لأنه لما قَدَّم الجَزاءَ تَوَقَّف على ذِكر الشَّرطِ،

---

(١) في (هـ): في قيامك وقعودك.

(٢) في (ب): أو بعد غد تعلق بآخرهما لأنه جعل أحد.

(٣) في (د): أو بعد.

(٤) في (أ) و(و) و(ز): ليكونا.

فإذا ذكَر الشَّرطَ الأوَّلَ تعلَّق الجَزاءُ به.

فإذا قال: (وإذا قَدِم فُلانٌ) فقد جَعَل الثّانيَ شرطًا على حِدَةٍ، وعَطَفه على الأوَّل، والعطفُ يَقتَضي الْمُشارَكةَ فيما كان للأوَّل، فيَتعلَّقُ بالثّاني عَينُ ما تَعلَّق بالأوَّل، فيَتعلَّقُ الجَزاءُ بكلِّ واحِدٍ من الشَّرطَين، فأيُّهما وُجِد يَقَعُ.

(أنتِ كذا رأسَ الشَّهرِ)، أو (إذا قَدِم فُلانٌ): تَعلَّق بالشَّرط، تَقدَّم أو تَأخَّر، وبالواو: تَعلَّق بكلِّ طَلاقٍ.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ رأسَ الشَّهرِ)، أو (إذا[1] قَدِم فُلانٌ): تَعلَّق بالشَّرط، أي بالقُدوم؛ لتَعذُّر الجمعِ بينَ قَضِيّةِ الوقتِ والفِعلِ؛ لِمُخالَفةٍ بينَهما؛ لأن اعتِبارَ الأوَّلِ يَقتَضي الوُقوعَ بآخِرهما[2]، واعتِبارُ الثّاني يَقتَضي الوُقوعَ بأوَّلهما، فرَجَّحنا جانِبَ الفِعلِ: لكَونه شرطًا محضًا، فتَعلَّق به، سَواءٌ تَقدَّم أو تَأخَّر.

وإن قال: (أنتِ طالِقٌ رأسَ الشَّهرِ وإذا قَدِم فُلانٌ): تَعلَّق بكلِّ واحِدٍ طَلاقٌ، فتَقَعُ في الوَقت الْمَوصوفِ واحِدةٌ، وعندَ الشَّرطِ أُخرى؛ لأنه لما تَعذَّر الجمعُ بينَ مُوجَبَيهما وقد جَعَل كِلَيهما شرطًا، ولا يُمكِنُ أن يُجعَلَ كِلاهما شرطًا لطَلاقٍ واحِدٍ؛ للتَّنافي بينَ مُوجَبَيهما.. جُعِل كلُّ واحِدٍ شرطًا لطَلاقٍ على حِدَةٍ.

بخِلاف ما تَقدَّم؛ لأن الشَّرطَ ثَمَّ أحَدُهما، فرَجَّحنا جانِبَ الفِعلِ لما قُلنا.

---

(١) في (ب): وإذا.

(٢) في (ب) و(د): بأحدهما.

[فصلٌ في كِناياتِ الطَّلاقِ]

وإنما يَقعُ بكِنايات[1] الطَّلاقِ[2] بنيّته[3]، أو دَلالةِ الحالِ.

الضَّربُ[4] الثّاني: الكِناياتُ.

لا يَقعُ بها الطَّلاقُ إلا بالنِّيّة أو بدَلالة الحالِ؛ لأنها غيرُ مَوضوعةٍ للطَّلاق، بل تَحتمِلُ الطَّلاقَ وغيرَه على ما نُبيِّنُ إن شاء اللهُ تَعالى، فلا بُدَّ من التَّعيين أو دَلالةِ التَّعيينِ، كحالة مُذاكَرةِ الطَّلاقِ؛ لأن هذه الحالَ أدلُّ على الطَّلاق من النِّيّة؛ لأن النِّيّةَ باطِنةٌ، والحالةَ ظاهِرةٌ، فكانَت الحالُ مُعيِّنةً للجِهة في الظّاهِر.

فإذا قال: (لم أنوِ به الطَّلاقَ) فقد أَراد إبطالَ حُكمِ الظّاهِرِ[5]، فلا يُصدَّقُ، كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ) ونَوى به الطَّلاقَ عن وَثاقٍ، فأما فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى: فيَجوزُ أن يُصدَّقَ.

وإنما تَقعُ واحِدةٌ رَجعيّةٌ في (اعتَدِّي)، و(استَبرِئي رَحِمَكِ)، و(أنتِ واحِدةٌ[ز])،

(١) الكناية: كلام استتر المراد منه بالاستعمال، وإن كان معناه ظاهرًا في اللغة، سواء كان المراد به الحقيقة أو المجاز، فيكون تردد فيما أريد به، فلا بد من النية، أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال، كحال مذاكرة الطلاق؛ ليزول التردد ويتعين ما أريد منه. «الكليات» ص١٨٧.

(٢) الطلاق بالكناية: هو ما كان بلفظ لم يوضع له، واحتمله هو وغيره. «المطلع» ص١٣٧.

(٣) في (س) و(ف): بنية.

(٤) في (ج) و(و) و(ز): و(الضرب)، وفي (ب): جعلت عبارة: (الضرب الثاني: الكنايات) عنوانًا.

(٥) في (هـ): حكم الطلاق.

وفي غيرها بائنةٌ(ف).

وفي ثلاثة ألفاظٍ منها يقعُ الطَّلاقُ الرَّجعيُّ، ولا يَقعُ بها إلا واحِدةٌ، وهي: (اعتَدِّي)، و(استَبرئي رَحِمَكِ)، و(أنتِ واحِدةٌ).

أما الأُولى: فلأن النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لسَودةَ: «اعتَدِّي»، ثم راجَعها[1].

ولأن حقيقتَها الأمرُ بالحِساب، ويَحتمِلُ أن يُرادَ به: (اعتَدِّي نِعَمَ اللهِ)، أو (نِعَمي عليكِ)، أو (اعتَدِّي من النِّكاح).

فإذا نَوى الاعتِدادَ عن النِّكاح زال الإبهامُ[2]، ووَجب بها الطَّلاقُ بعدَ الدُّخولِ اقتِضاءً، كأنه قال: (طَلَّقتُكِ -أو: أنتِ طالِقٌ- فاعتَدِّي).

وقبلَ الدُّخولِ جُعِل مُستعارًا عن الطَّلاق؛ لأنه سببُه، فاستُعِير الحُكمُ لسَببه.

ويَجوزُ استِعارةُ الحُكمِ للسَّبَب إذا كان مُختصًّا به.

والطَّلاقُ مُعقِبٌ للرَّجعة.

وأما الثّانيةُ: فلأنها تُستعمَلُ بمَعنى الاعتِداد؛ لأنه تَصريحٌ بما هو الْمَقصودُ بالعِدَّة، فكان بمَنزِلته، ويَحتمِلُ الاستِبراءَ ليُطلِّقَها في حال فَراغِ رَحِمِها، أي: تَعرَّفي بَراءةَ رَحِمِكِ لأُطلِّقَكِ.

وأما الثّالثةُ: ففيها خِلافُ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ.

فعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللهُ: يَقعُ بها البائِنُ، كسائِر الكِناياتِ.

وعندَ الشّافعيِّ: لا يَقعُ بها شيءٌ؛ لأنها تَعودُ إلى الْمَرأة، وليس فيها احتِمالُ الطَّلاقِ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (هـ): الإيهام.

ولنا: أنها تَحتمِلُ أن يَرجِعَ إليها، أي: أنتِ واحِدةٌ عندَ قومِكِ، أو: مُنفرِدةٌ عِندي، ليس لي معكِ غيرُكِ، أو واحِدةُ نِساءِ العالَمِ في الجَمال والكَمالِ.

وتَحتمِلُ أن تكونَ نعتًا لِمَصدَرٍ مَحذوفٍ، أي أنتِ طالِقٌ طَلقةً واحِدةً.

فإذا زال الإبهامُ[1] بالنِّيّة كان دَلالةً على الصَّريح لا[2] عامِلًا بمُوجَبه، والصَّريحُ يُعقِبُ الرَّجعةَ، ولا يَقَعُ بها إلا واحِدةٌ؛ لأن قولَه: (أنتِ طالِقٌ) ثَبَت اقتِضاءً في (اعتَدِّي) و(استَبرِئي رَحِمَكِ)، ومُضمَرًا في قَوله: (أنتِ واحِدةٌ)، ولو كان مُصرَّحًا لم يَقَع به إلا واحِدةٌ، فإذا كان مُضمَرًا أو مُقتضًى.. أَولى أن لا يَقَعَ به إلا واحِدةٌ.

فإن قِيل: الْمَصدَرُ لَمّا كان مُضمَرًا في قَوله: (أنتِ واحِدةٌ) وَجَب أن يَصِحَّ فيه نِيّةُ الثَّلاثِ.

قُلنا: التَّنصيصُ على الواحِدة يُنافي نِيّةَ الثَّلاثِ.

وقِيل: إنما يَقَعُ الطَّلاقُ إذا قال: (واحِدةً) بالنَّصب، حتى يَكونَ نعتًا لِمَصدَرٍ مَحذوفٍ، أما إذا قال: (واحِدةٌ) بالرَّفع: لا يَقَعُ شيءٌ وإن نَوى.

وإن لم يُعرِب (واحِدة) يُحتاجُ إلى النِّيّة.

وقال عامّةُ مَشايخِنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: الكلُّ على الاختِلاف[3]؛ لأن العَوامَّ لا يُميِّزون بينَ وُجوهِ الإعرابِ، فلا يَجوزُ بِناءُ حُكمٍ يَرجِعُ إلى العامّة على هذا الوجهِ[4]، وهو الصَّحيحُ.

وتَصِحُّ نِيّةُ الثَّلاثِ، لا الثِّنتَين[ز ف].

---

(١) في (هـ): الإيهام.

(٢) سقطت من (ز).

(٣) في (هـ): على السواء.

(٤) مثبتة من (ز).

وبَقِيَّةُ الكِناياتِ إذا نَوى بها الطَّلاقَ كانَت واحِدةً بائِنةً، وإن نَوى ثَلاثًا فثَلاثٌ[1].

وإن نَوى ثِنتَين فواحِدةٌ.

وهي: (بائِنٌ)، (بَتّةٌ[2])، (بَتْلةٌ)، (حَرامٌ)، (خَلِيّةٌ[3])، (بَرِيّةٌ[4])، (حبلُكِ على غارِبكِ[5])، (الحَقِي بأَهلكِ)، (وَهَبتُكِ لأَهلكِ)، (سَرَّحتُكِ[6])، (فارَقتُكِ)، (أمرُكِ بيَدكِ)، (اختارِي)، (أنتِ حُرّةٌ)، (تَقنَّعي)، (تَخمَّري)، (استَتِري)، (اغزُبي[7])، (اخرُجي)، (اذهَبي)، (قُومي)، (ابتَغي[8] الأزواجَ).

---

(١) في (و) زيادة: إلا في قوله: اختاري.

(٢) بتة: من البت، وهو القطع من حد دخل. «الطلبة» ص٥٦.

(٣) ناقة خلية: مطْلَقةٌ من عقالها، فهي ترعى حيث شاءت، ومنه يقال في كنايات الطلاق هي خلية. «المصباح» ١/ ١٨١.

(٤) البَرِيَّةُ: أصله: بريئة بالهمز؛ لأنه صفة من برئ من الشيء براءة، فهو بريء، والأنثى بريئة، ثم خفف همزه كما خفف بريئة: في ﴿خَيْرُ ٱلْبَرِيَّةِ﴾ [البيّنة: ٧]، فعلى هذا يجوز أنت بريئة بالهمز، وبرية بغير همز. «المطلع» ص٤٠٨.

(٥) الغارب: ما بين العنق والسنام، وهو الذي يلقى عليه خطام البعير إذا أرسل ليرعى حيث شاء، ثم استعير للمرأة، وجعل كناية عن طلاقها، فقيل لها: حبلك على غاربك، أي اذهبي حيث شئت كما يذهب البعير. «المصباح» ٢/ ٤٤٤.

(٦) سَرَحتِ الإبلُ سَرْحًا: من باب نفع، وسُروحًا أيضًا: رعت بنفسها، وسَرَحْتُها: يتعدى ولا يتعدى، وسَرَّحْتُها بالتثقيل: مبالغة وتكثير، ومنه قيل: سَرَّحتَ المرأةَ إذا طلقتَها، والاسم السَّراح بالفتح. «المصباح» ١/ ٢٧٣.

(٧) كذا في سوى (ع)، وكتب فوقها (معًا)، أي تُضبط بـ: (اغربي) و(اعزبي).

وفي (ع): اغربي.

(٨) في (ف): اتبعي.

وذلك مِثلُ: (أنتِ بائِنٌ)، و(بَتّةٌ)، و(بَتْلةٌ)، و(حَرامٌ)، و(خَلِيّةٌ)، و(بَرِيئةٌ[1]).

(وحبلُكِ على غارِبكِ)، و(الحَقي بأَهلك)، و(وَهَبتُكِ لأهلكِ).

و(سَرَّحتُكِ)، و(فارَقتُكِ).

و(أمرُكِ بيَدكِ)، و(اختارِي).

و(أنتِ حُرّةٌ).

و(تَقنَّعي)، و(تَخمَّري)، و(استَتري[2]).

و(اغرُبي[3])، و(اخرُجي)، و(اذهَبي)، و(قُومي).

و(ابتَغي الأزواجَ).

لأنها تَحتمِلُ الطَّلاقَ وغيرَه، فلا بُدَّ من النِّيّة ليَتعيَّنَ[4] الطَّلاقُ.

وهذا لأن قولَه: (بائِنٌ) يَحتمِلُ مَعانيَ.. يَحتمِلُ: أنتِ بائِنٌ عن وُصلة النّكاحِ، أو عن الْمَعاصي، أو عن الخَيرات، أو: أنتِ بائِنٌ منِّي نسَبًا؛ لأن البَينونةَ على مُضادّة الاتِّصالِ، والاتّصالُ مُتنوِّعٌ.

والبتُّ والبَتْلُ: القطعُ، فيَحتمِلُ الانقِطاعَ عن النّكاح، وعن الخَيرات، وعن الأقارِب.

والحَرامُ هو الْمَمنوعُ، فيَحتمِلُ ما يَحتمِلُه (بتّةٌ).

و(خَلِيّةٌ) من الخُلُوّ.

---

(١) في سوى (أ) و(ج): بريّة.

(٢) في (هـ) و(ز): واستبري.

(٣) في (ز): واعزبي.

(٤) في (ز): ليتبين، وفي (هـ): لتعيين.

و(بَرِيئةٌ) من البَراءة، ولهذا وَجَب همزُها، أي خَلِيّةٌ أو بَرِيئةٌ عن النّكاح، أو عن الخَيرات، أو عن الدَّين، أو عن البُهتان.

و(حبلُكِ على غارِبكِ) يُنبِئُ عن التَّخلية؛ لأنهم إذا أرسَلوا النّاقةَ يَجعَلون حبلَها على غارِبها، ويُخلُّون سَبيلَها، فكان كقَوله: (خَلِيّةٌ).

والغارِبُ: ما بينَ السَّنامِ والعُنُق.

و(الحَقي بأهلكِ): لأنّي طَلَّقتُكِ، أو: لأنّي أذِنتُ لكِ، أو: سِيري بسِيرة أهلِكِ.

و(وَهَبتُكِ لأهلكِ)، أي: عَفَوتُ عنكِ ما لَزِمكِ من العُقوبة لأَجل أهلِكِ، أو: وَهَبتُكِ لأهلكِ لأنّي طَلَّقتُكِ.

و(سَرَّحتُكِ) و(فارَقتُكِ) ظاهِران.

وعندَ الشّافعيِّ: هما صَريحان لا يَحتاجان إلى النِّيّة.

ولنا: أن الصَّريحَ ما لا يُستعمَلُ في غَير النِّساءِ، وهم يَقولون: (سَرَّحتُ إِبلي)، و(فارَقتُ غَريمي)، فصارا كسائِر ألفاظِ الكِنايةِ.

و(أمرُكِ بيَدكِ) أي: عمَلُكِ بيَدك؛ إذ الْمُرادُ بالأَمر هنا العمَلُ، كما في قَوله تَعالى: ﴿وَمَآ أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ [هُود: ٩٧]، فصار كأنه قال لها: (عمَلُكِ بيَدكِ).

ثم يَحتمِلُ أنه أَراد به الأمرَ باليَد في حقِّ الطَّلاقِ، فيَكونُ تَفويضًا للطَّلاق إليها.

ويَحتمِلُ أنه أَراد به الأمرَ باليَد في حقِّ تَصرُّفٍ آخرَ.

و(اختارِي) مُحتمِلٌ أيضًا، أي: اختارِي نفسَكِ في النّكاح وفارِقي نفسَكِ منِّي، أو: اختارِي نفسَكِ في أمرٍ آخرَ.

وفي هذين اللَّفظَين لا تَطلُقُ ما لم تُطلِّق نفسَها؛ لأنهما تَفويضان.

و(أنتِ حُرّةٌ): عن حَقيقة الرِّقِّ، أو: عن رِقِّ النِّكاحِ.

و(تَقنَّعي)، و(تَخمَّري)، و(استَتري[1]): لأنك بِنتِ منِّي[2] وحَرُمتِ عليَّ بالطَّلاق، أو: لئلا يَنظُرَ إليكِ أجنَبيٌّ.

و(اغرُبي) من الغُربة[3]، وقِيل: (اعزُبي) مَكانَ (اغرُبي[4])، من الغُروب[5] وهو البُعدُ، أي: اغرُبي[6] أو[7] ابعَدِي لأنِّي طَلَّقتُكِ، أو لزِيارة أهلِكِ.

ومِثلُه: (اخرُجي)، و(اذهَبي)، و(قُومي).

و(ابتَغي الأزواجَ): لأنِّي طَلَّقتُكِ، أو: اطلُبِي النِّساءَ؛ إذ الزَّوجُ مُشترَكٌ بينَ الرَّجُلِ والْمَرأةِ، أو: ابتَغي الأزواجَ إن أمكَنكِ، ويَحِلُّ لكِ.

ثم الكِناياتُ ثَلاثةُ أقسامٍ:

ما يَصلُحُ جَوابًا لا غيرُ: (أمرُكِ بيَدكِ)، (اختارِي)، (اعتَدِّي).

وما يَصلُحُ جَوابًا وردًّا لا غيرُ: (اخرُجي[8])، (اذهَبي)، (اغرُبي)، (قُومي)، (تَقنَّعي)، (استَتري[9])، (تَخمَّري).

---

(١) في (د): واستبري.

(٢) مثبتة من (هـ).

(٣) في (ز): واعزبي من العزبة.

(٤) في (ز): وقيل اغربي مكان اعزبي.

(٥) في (أ): من العزوب.

(٦) غير منقوطة في (أ)، تحتمل: اعزبي.

(٧) في (ز): أي.

(٨) في (أ) زيادة: ابتغي.

(٩) في (أ): استبري.

وما يَصلُحُ جَوابًا وشتمًا: (خَلِيّةٌ)، (بَرِيئةٌ)، (بَتّةٌ)، (بائِنٌ)، (حَرامٌ).

والأحوالُ ثلاثةٌ:

حالةُ الرِّضا.

وحالةُ مُذاكَرةِ الطَّلاقِ، بأن تَسأَلَ هي طَلاقَها، أو غيرُها طَلاقَها.

وحالةُ الغضَبِ[1].

ففي[2] **حالة الرِّضا:** لا يَقَعُ الطَّلاقُ في الأَلفاظ كلِّها إلا بالنِّيّة، والقولُ قولُ الزَّوجِ في تَرك[3] النِّيّةِ مع اليَمينِ؛ لأنها مُحتمِلةٌ، ولا دَلالةَ فيها على الطَّلاق.

وفي حال[4] **مُذاكَرةِ الطَّلاقِ** يَقَعُ الطَّلاقُ في سائِر الأقسامِ قضاءً، إلا فيما يَصلُحُ جَوابًا وردًّا، فإنه لا يُجعَلُ طَلاقًا؛ لأنه احتَمَل الجَوابَ والرَّدَّ، فيَثبُتُ الأَدنى، وهو الرَّدُّ.

وأما الذي يَصلُحُ جَوابًا ولا يَصلُحُ ردًّا: فلا بُدَّ من أن يُجعَلَ جَوابًا؛ لأن الحالَ حالُ الجَوابِ، فحُمِل عليه بدَلالة الحالِ، فصار طَلاقًا.

والقِسمُ الثّالثُ كذلك أيضًا؛ لأن الحالَ لا يَصلُحُ للشَّتم، فتَعيَّن الجَوابُ.

وفي حال الغضَبِ: لا يَقَعُ الطَّلاقُ في الأَقسام الثَّلاثةِ؛ لأن حالَ الغضَبِ يَحتمِلُ الجَوابَ والرَّدَّ والشَّتمَ، فلم يُجعَل جوَابًا بالشَّكِّ إلا فيما يَصلُحُ جَوابًا لا غيرُ؛ لأنه يَصلُحُ للطَّلاق الذي يَدُلُّ عليه الغضَبُ، ولا يَصلُحُ للرَّدِّ والشَّتمِ، فيُجعَلُ طَلاقًا.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في قَوله: (لا مِلكَ لي عليكِ)، و(لا سَبيلَ لي عليكِ)،

---

(١) في (ب): التخيير.

(٢) في (و): مع.

(٣) في (و): تركه.

(٤) في (د) و(ز): حالة.

و(خَلَّيتُ سَبيلَكِ)، و(فارَقتُكِ): أنه يُصدَّقُ في حال الغضَبِ؛ لما فيها من احتِمال مَعنى السَّبِّ، أي: لا مِلكَ لي عليكِ لأنك أدوَنُ من أن تُملكي[1]، ولا سَبيلَ لي عليكِ لشرِّكِ وسوءِ خُلُقِكِ، وخَلَّيتُ سَبيلَكِ لهَوانك عليّ، وفارَقتُكِ اتِّقاءَ لشرِّكِ.

ثم وُقوعُ البائنِ بغَير (اعتَدِّي)، و(استَبرِئي رَحِمَكِ)، و(أنتِ واحِدةٌ).. من الكِنايات: مَذهَبُنا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الكِناياتُ كلُّها رَواجِعُ؛ لأنها كِناياتٌ عن الطَّلاق، ولهذا تُشترَطُ نِيّةُ الطَّلاقِ.

والواقِعُ عندَ النِّيّةِ بها طَلاقٌ، حتى يَنتقِصُ العدَدُ.

والطَّلاقُ مُعقِبٌ للرَّجعة، فما هو كِنايةٌ عنه أَولى.

ولنا: أنه أَتى بالإِبانة بلفظٍ صالِحٍ لها، وهو من أَهلها، والمحَلُّ قابِلٌ لها، والوِلايةُ ثابِتةٌ عليها[2]، فوَجَب أن تَعمَلَ ويُتعجَّلُ أثَرُها[3]، كما لو كان بعِوَضٍ أو قبلَ الدُّخولِ.

وهذا لأن الإبانةَ تَصرُّفٌ مَشروعٌ؛ إذ هي رفعُ وُصلةِ النِّكاحِ، وهو مَشروعٌ، وقد أمَر اللهُ تَعالى به حيث قال: ﴿أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾ [الطَّلَاق: ٢]، ﴿أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٣١].

ولأن الحاجةَ ماسّةٌ إلى إِثباتها، فوَجَب أن تَثبُتَ.

وهذا لأنه لو أَراد أن لا يَقَعَ في عُهدتها بالرَّجعة بلا قصدٍ، ولا يَنسَدَّ عليه بابُ التَّدارُكِ بالنِّكاح.. لا[4] يَتمكَّنُ من ذلك........................

(١) في (أ) و(ب) و(ج) و(د) و(ز): تملك، والمثبت من (هـ) و(و) وحاشية (ب).

(٢) في (هـ): عليهما.

(٣) في (هـ): أمرها.

(٤) في (ز): ولا.

إلا بإثبات البَينونةِ الخَفيفةِ[1]؛ لأن في الغَليظة إن لم يَقَع في عُهدتها بالرَّجعة بلا قصدٍ يَنسَدُّ عليه بابُ التَّدارُكِ بالنِّكاح.

وهو يَحتاجُ إلى أن يَتحقَّقَ له هذان الأمران: عدَمُ الوُقوعِ بالرَّجعة بلا قصدٍ، وعدَمُ انسِدادِ بابِ التَّدارُكِ بالنِّكاح، ولا[2] ذلك إلا بثُبوت الواحِدةِ البائِنةِ.

وكان القِياسُ في الصَّريح هكذا، إلا أن الرَّجعةَ بعدَه ثَبَتت نصًّا[3] بخِلاف القِياسِ، وما ثَبَت بخِلاف القِياسِ نصًّا لا يُلحَقُ به ما ليس في مَعناه من كلِّ وجهٍ، وهذه ليست في مَعناه؛ لأن تأثيرَ هذه الألفاظِ في المحَلِّ أكثرُ.

ولأنّا نَدَّعي أن اللَّفظَ الصّالِحَ يُؤَثِّرُ في المحَلِّ القابلِ للأثَر في الحال، ولا يتأخَّرُ، وثَمَّ لا نُسلِّمُ بأن اللَّفظَ صالِحٌ، ولا نُسلِّمُ بأنها كِناياتٌ عن الطَّلاق.

وهذا لأنها عَوامِلُ في حَقائِقها، والكِنايةُ تَعمَلُ عمَلَ الْمُكنَى عنه لا عمَلَ نفسِها، إلا أن جِهاتِ البَينونةِ لما تَزاحَمت وتَحقَّق الخَفاءُ.. شُرِطت النِّيَّةُ لتَعيين بعضِ مُحتمَلاتِ اللَّفظِ، فإذا وُجِدت النِّيَّةُ وَجَب العمَلُ بمُوجَباتها من غَير أن تُجعَلَ عِبارةً عن الصَّريح.

وانتِقاصُ[4] العدَدِ ضَرورةَ ثُبوتِ الطَّلاقِ: بِناءً على زَوال الوُصلةِ.

وإنما تَصِحُّ نِيّةُ الثَّلاثِ فيها: لتَنوُّع البَينونةِ إلى غَليظةٍ وخَفيفةٍ، وعندَ عدَمِ النِّيَّةِ يَثبُتُ الأقلُّ[5] الْمُتيقَّنُ.

---

(١) في (د) و(هـ): الحقيقية.

(٢) في (هـ): ولا يكون.

(٣) أي في قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨].

(٤) في (هـ): وانتقاض.

(٥) في (هـ): الأول.

ونِيَّةُ الثِّنتَين لا تَصِحُّ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقد حَقَّقناه من قبلُ.

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الكِناياتُ ثَلاثٌ؛ لأنها تُوجِبُ التَّحريمَ، والتَّحريمُ الْمُطلَقُ بالثَّلاث.

ونِيَّةُ الواحِدةِ صَحَّت عندَه في الكِنايات قبلَ الدُّخولِ بها، ولا يَصِحُّ بعدَ الدُّخولِ.

ويَقَعُ الثَّلاثُ؛ لأنه لو أوقَعَ الثَّلاثَ مُرتَّبًا قبلَ الدُّخولِ بها تَقَعُ واحِدةٌ، وبعدَه تَقَعُ الثَّلاثُ، فكذا الكِنايةُ التي تَعمَلُ عمَلَها.

قال: (اعتَدِّي) ثَلاثًا، ونَوى بالأوَّل طَلاقًا، وبما بَقِي حِيَضًا: صُدِّق، وإن لم يَنوِ بما بَقِي شيئًا: فهي ثَلاثٌ.

وإن قال لها: (اعتَدِّي اعتَدِّي اعتَدِّي)، وقال: (نَويتُ بالأُولى طَلاقًا، وبالباقِيتَين حِيَضًا): صُدِّق قضاءً؛ لأنه نَوى حَقيقةَ ما تَكلَّم بالثّانِية والثّالثِةِ؛ إذ المرءُ يَأمُرُ امرأتَه بعدَ الطَّلاقِ بالاعتِداد.

ولو قال: (لم أنوِ بالكلِّ شيئًا): يَكونُ القولُ قولَه؛ لأنه إذا قال مرَّةً: (اعتَدِّي)، وقال: (لم أنوِ شيئًا) كان القولُ له، فكذا إذا قال ثَلاثَ مرّاتٍ.

ولو قال: (نَويتُ بالأُولى الطَّلاقِ، ولم أنوِ بالباقِيتَين شيئًا)، أو قال: (نَويتُ بالأُولى والثّانيةِ الطَّلاقَ، ولم أنوِ بالثّالِثة شيئًا)، أو قال: (نَويتُ بالكلِّ الطَّلاقَ): يَقَعُ الثَّلاثُ؛ لأنه لما نَوى بالأُولى الطَّلاقَ صارَت الحالُ حالَ مُذاكَرةِ الطَّلاقِ، فتَعيَّنَتا للطَّلاق بدَلالة الحالِ، ودَلالةُ الحالِ كدَلالة الْمَقالِ.

ولو قال: (نَويتُ بالأُولى والثّانيةِ الطَّلاقَ، وبالثّالِثة الحَيْضَ)، أو قال: (نَويتُ بالأُولى الطَّلاقَ، وبالثّالِثة[1] الحَيْضَ، ولم أنوِ بالثّانية[2] شيئًا)، أو قال: (نَويتُ بالأُولى

(١) في (ب): وبالثانية، وفي (هـ): وبالثانية والثالثة الحيض.

(٢) في (ب) و(و): بالثالثة.

الطَّلاقَ، وبالثَّانِية الحَيْضَ، ولم أنوِ بالثَّالِثة شيئًا)، أو قال: (لم أنوِ بالأُولى والثَّالثةِ شيئًا، ونَوَيتُ بالثَّانِية[1] الطَّلاقَ): يَقَعُ ثِنتان؛ لأنه بعدَ ذِكرِ الطَّلاقِ.

ولو قال: (لم أنوِ بالأُولى والثَّانيةِ شيئًا، ونَوَيتُ بالثَّالِثة الطَّلاقَ): تَقَعُ واحِدةٌ؛ لأنه لم يكن حالَ مُذاكَرةِ الطَّلاقِ عندَ الأُولى والثَّانيةِ، فلم يَقَع بهما شيءٌ، وتَقَعُ بالثَّالِثة واحِدةٌ.

وكذا لو قال: (لم أنوِ بالأُولى شيئًا، ونَوَيتُ بالثَّانِية الطَّلاقَ، وبالثَّالِثة الحِيَضَ).

ولو قال: (نَوَيتُ بهنَّ تَطليقةً واحِدةً) فهي كذلك فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، وأما في القَضاء: فهي ثَلاثٌ؛ لأنه لما نَوى الطَّلاقَ بهنَّ صار كأنه قال: (أنتِ طالِقٌ، أنتِ طالِقٌ، أنتِ طالِقٌ).

ولو قال ذلك وقال: (عَنَيتُ به التَّكرارَ): صُدِّق فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، ولا يُصدَّقُ في القَضاء؛ لأن التَّكرارَ قد يَدخُلُ في الكَلام، فكان مُحتمَلَ كَلامِه.

ولكنه بخِلاف الظَّاهرِ؛ لأنه لا يُفيدُ، والقاضِي مَأمورٌ باتِّباع الظَّاهرِ، واللهُ تَعالى مُطَّلِعٌ على ضَميره، فيُديَّنُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، ولا يُصدَّقُ قضاءً.

ولا يَسَعُها أن تُقيمَ معه؛ لأنها مَأمورةٌ باتِّباع الظَّاهرِ، كالقاضِي.

وفي كلِّ مَوضِعٍ يُصدَّقُ الزَّوجُ على نَفي النِّيَّةِ هنا وفي سائِر الكِناياتِ.. إنما يُصدَّقُ مع اليَمينِ؛ لأنه أمينٌ فيما يُخبِرُ عن ضَميره، والقولُ قولُ الأمين مع اليَمينِ.

(لستِ لي بامرَأةٍ)، أو (لستُ لك بزوجٍ)، ونَوى طَلاقًا: وَقَع(س م).

ولو قال: (لستِ لي بامرَأةٍ)، أو (لستُ لكِ بزوجٍ)، أو (ما أنتِ لي بامرَأةٍ)، أو (ما

---

(١) في (ب): بالثالثة.

أنا لكِ بزوجٍ)، ونَوى به الطَّلاقَ: يَقعُ الطَّلاقُ.

وقالا: لا يَقَعُ؛ لأنه نَفى نِكاحَها بهذه الألفاظِ، ونفيُ النِّكاحِ لا يَكونُ طَلاقًا، بل يَكونُ كَذِبًا لَمّا كانَت الزَّوجيّةُ مَعلومةً، فصار كما لو قال: (لم أتزوَّجكِ)، أو قال: (واللهِ ما أنتِ لي بامرَأةٍ)، أو سُئِل: (هل لك امرَأةٌ؟)، فقال: (لا)، ونَوى به الطَّلاقَ، فإنه لا يَقَعُ الطَّلاقُ، كذا هنا.

وله: أن هذه الألفاظَ تَصلُحُ إنكارًا للنِّكاح، وتَصلُحُ إنشاءً للطَّلاق؛ ألا تَرى أنه يَجوزُ أن يَقولَ: (ليست لي بامرَأةٍ لأنّي طَلَّقتُها)، كما يَجوزُ أن يَقولَ: (ليست لي بامرَأةٍ لأنّي ما تَزوَّجتُها).

فإذا نَوى به الطَّلاقَ فقد نَوى مُحتمَلَ لفظِه، فيَصِحُّ، كما لو قال: (لا نِكاحَ بَيني وبينَكِ).

ومَسألةُ الحَلِفِ مَمنوعةٌ، وبعدَ التَّسليمِ نَقولُ:

بدَلالة اليَمينِ عُلِم أنه أَراد به النَّفيَ في[1] الماضِي لا في الحال؛ لأن الحَلِفَ إنما يَستقيمُ في شيءٍ يَدخُلُ فيه الشَّكّ، وذا يَكونُ في الخَبَر في الماضِي لا فيما هو إنشاءٌ؛ إذ الإنشاءُ إنما يَكونُ إذا أُريد به النَّفيُ في الحال.

وقولُه: (لم أتَزوَّجكِ) جُحودٌ للنِّكاح، فلا يَحتمِلُ الإنشاءَ؛ إذ الطَّلاقُ لا يُتصوَّرُ بلا نِكاحٍ.

وبدَلالة السُّؤالِ عُلِم أنه أَراد به النَّفيَ في الماضِي.

جَعَل الرَّجعيَّ بائِنًا(م)، أو ثَلاثًا(س م): صحّ.

(١) في (ز): عن.

ولو طَلَّقها واحِدةً، ثم جعَلها ثَلاثًا: كان ثَلاثًا.

وقالا: لا يَكونُ إلا واحِدةً؛ لأن الواحِدةَ لا تُتصوَّرُ أن تكونَ ثَلاثًا.

وله: أن الواحِدةَ تُتصوَّرُ أن تكونَ ثَلاثًا بانضِمام الثِّنتين إليها، فيُحمَلُ على هذا تَصحيحًا لكَلامه.

ولو طَلَّقها رَجعيّةً، ثم قال: جَعَلتُ ذلك الطَّلاق بائِنًا: يَصيرُ بائِنًا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصيرُ بائِنًا؛ لأنه قَصَد تَغييرَ[1] الْمَشروعِ، وهو إبطالُ وِلايةِ الرَّجعيّةِ بعدَ ثُبوتِها، فيَلغو.

ولهما: أنه مالِكٌ للطَّلاق بوَصف البَينونةِ؛ لوُجود الحاجةِ على ما مرّ، إلا أنه لم يَنُصَّ على وَصف البَينونةِ ابتِداءً: اكتِفاءً بأَصل الطَّلاقِ، فكان رَجعيًّا باعتِبار أنه لم يَحصُل وصفُ البَينونةِ، فإذا أَبانَها[2] التَحقت بأَصل الطَّلاقِ، كما لو فَعَلها ابتِداءً.

كالوَكيل بالبَيع لَمّا مَلَك البيعَ النّافذَ كان مالِكًا لأَصله ووصفِه، ويَملِكُ إلحاقَ وصفِه بأَصله بتَنفيذ عقدِ الفُضوليِّ.

الصَّريحُ يَلحَقُ الصَّريحَ والبائِنَ، والبائِنُ يَلحَقُ الصَّريحَ لا البائِنَ، إلا إذا كان مُعلَّقًا(ز).

الصَّريحُ يَلحَقُ الصَّريحَ والبائِنَ، والبائِنُ يَلحَقُ الصَّريحَ، ولا يَلحَقُ[3] البائِنَ، إلا إذا كان مُعلَّقًا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَلحَقُ البائِنَ صَريحٌ، كما لا يَلحَقُه البائِنُ، حتى لو قال

---

(١) في (هـ): تعيين.

(٢) في (هـ): أتى بها.

(٣) في (ج): ولا يلحقه.

لها بعدَ الخُلعِ: (أنتِ بائِنٌ): لا يَقَعُ الطَّلاقُ اتِّفاقًا.

أما عندَنا: فلأن البائِنَ لا يَلحَقُ البائِنَ.

وأما عندَه: فلأن الخُلعَ فسخٌ في أحَد قَولَيه، ولأن الرَّجعيَّ لا يَلحَقُ البائِنَ عندَه.

ولو قال لها بعدَ الخُلعِ أو الطَّلاقِ على مالٍ: (أنتِ طالِقٌ): يَقَعُ عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ: لا يَقَعُ، له: أن هذا تَصرُّفٌ لم يُصادِف محَلَّه، فيَلغو؛ وهذا لأن الطَّلاقَ شُرِع لإزالة مِلكِ النِّكاحِ، وقد زال الْمِلكُ بالخُلع أو الطَّلاقِ على مالٍ، فلا يَقَعُ الطَّلاقُ بعدَه كما بعدَ انقِضاءِ العِدّةِ.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٩]، يَعني: الخُلعَ، ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠]، والفاءُ للوَصل والتَّعقيبِ، فيَكونُ هذا تَنصيصًا على وُقوع الطَّلقةِ الثّالثةِ بعدَ الخُلعِ.

وفي الْمَشاهِير عن النَّبيِّ ﷺ أنه قال: «الْمُختلِعةُ يَلحقُها صَريحُ الطَّلاقِ ما دامَت في العِدّة»، رَواه أبُو سَعيدٍ الخُدريُّ رضي الله عنه وغيرُه[1].

ولأنه تَصرُّفٌ صادَف محَلَّه، فيُعتبرُ.

وهذا لأن حُكمَ الطَّلاقِ زَوالُ القيدِ بقَضِيّة صِيغتِه، أو زوالُ الحِلِّ بقَوله تَعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠]، أعقبَها بحَرف الفاءِ، فدَلَّ أنه حُكمُ الطَّلاقِ وحِلُّ[2] المحَلِّيّةِ قائِمٌ، فتكونُ المحَلِّيّةُ قائِمةً، وله اختِصاصٌ بالمحَلّ، فقد تَصرَّف في محَلٍّ له اختِصاصٌ به، فيَنفُذُ[3] تَصرُّفُه فيه.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (١٨٤٧٧)، وسعيد بن منصور (١٤٦٧) من قول أبي الدرداء رضي الله عنه، وقال ابن الجوزي في «التحقيق» ٢/ ٢٥٩: هذا حديث موضوع لا أصل له.

(٢) في (ج) و(هـ): وحكم.

(٣) في (ج) و(د): فينفعل، وفي (هـ): فينعقد.

وكذا القيدُ قائِمٌ؛ لأنه وصفٌ حُكميٌّ يُعرَفُ بأثَره، وهو صَيرورةُ المحَلِّ مَمنوعًا عن بَعض التَّصرُّفاتِ مع قِيامِ الأهلِيّةِ، وهو قائِمٌ.

ولأن القيدَ الحُكميَّ هو الْمِلكُ، وهو عِبارةٌ عن الاختِصاص بالمحَلِّ إمساكًا واستِمتاعًا، والاستِمتاعُ إن زال فالإمساكُ باقٍ.

ومتى بَقِي الْمِلكُ من هذا الوجهِ بَقِيت الوِلايةُ على المحَلّ، فقد تَصرَّف في محَلٍّ قابِلٍ لأثَره، وهو والٍ[1] عليه، فصحَّ تَصرُّفُه.

بخِلاف قولِه: (أنتِ بائِنٌ) أو (حَرامٌ)؛ حيث لم يُعتبَر؛ لأنه صادِقٌ[2] في ذلك إخبارًا، فلا حاجةَ إلى جَعله إنشاءً، حتى لو قال: (عَنَيتُ به البَينونةَ الغَليظةَ) أو (الحُرمةَ الغَليظةَ): يَنبَغي أن يُعتبَر، وتَثبُتَ الحُرمةُ الغَليظة؛ لأنها ليست بثابِتةٍ في المحَلّ، فيَصيرُ حينَئذٍ إنشاءً.

ولو قال: (إن دَخلتِ الدّارِ فأنتِ بائِنٌ) يَنوي به الطَّلاقَ، ثم أَبانها، فدخَلَت الدّارَ في عِدّتها: وَقَع عليها طَلاقٌ آخرُ عندَنا.

وعندَ زفَرَ: لا يَقَعُ شيءٌ؛ لأن الْمُعلَّقَ بالشَّرط كالْمُنجَّز عندَ وُجودِ الشَّرطِ، ولو نَجَّز قولَه: (أنتِ بائِنٌ) في هذه الحالةِ: لم يَقَع شيءٌ، كذا هنا، وصار كما لو أَبانها ثم خالَعها، أو بالعَكس.

ولنا: أن التَّعليقَ بالشَّرط قد صحّ، ووُجِد الشَّرطُ وهي محَلٌّ لوُقوع الطَّلاقِ عليها، فيَنزِلُ ما تَعلَّق، كما لو وُجِد الشَّرطُ بعدَ الطَّلاقِ الرَّجعيِّ.

---

(١) في (ز): والى، وفي (هـ): زوال.

(٢) في (ب) و(هـ): صادف.

بخِلاف ما ذُكِر؛ لأن الإبانةَ بعدَ الإبانةِ يُمكِنُ حملُها على الإخبار عن قَطع الوُصلةِ، فلا حاجةَ إلى جَعلها إنشاءً، أما ههنا: فالتَّعليقُ السّابقُ وَقَع إنشاءً إجماعًا لا خبرًا؛ لأن تَعليقَ الخبَرِ بالشَّرط لا يَستقيمُ، فيَقَعُ عندَ وُجودِ الشَّرطِ؛ لبَقاء المحَلِّ.

بَابُ تفويضِ الطَّلاق

بابُ التَّفويضِ[1]

فصلٌ في الاختيار

قال: (اختارِي) يَنوي الطَّلاقَ، فاختارَت في مَجلِسها: بانَت.

وإذا قال لامرَأته: (اختارِي) يَنوي بذلك الطَّلاقَ، أو قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ): فلها أن تُطلِّقَ نفسَها ما دامَت في مَجلِسها ذلك؛ لأن الْمُخيَّرةَ لها مَجلِسُ العِلمِ بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ، فقد رُوِي عن عمرَ وعُثمانَ وعليٍّ وابنِ مَسعودٍ وجابرٍ وعائشةَ وغيرِهم رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ.. في الرَّجُل يُخيِّرُ امرَأتَه: أن لها الخِيارَ ما دامَت في مَجلِسها ذلك، فإذا قامَت من مَجلِسها فلا خِيارَ لها[2].

---

(١) تفويض الطلاق: هو أن يفوض الزوج إلى الزوجة أمر طلاقها من جهته.

وقد يكون منَجَّزًا، وقد يكون معلقًا، وقد يكون مقيدًا بالمجلس، وقد يعم. «التعريفات الفقهية» ص٥٩.

(٢) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٣٠: فيه عن ابن مسعود، وجابر، وعمر، وعثمان، وعبد الله بن عمرو ابن العاص.

فحديث ابن مسعود: رواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١١٩٢٩) أخبرنا معمر عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود قال: إذا ملَّكها أمرها فتفرقا قبل أن تقضي بشيء، فلا أمر لها. انتهى، ومن طريق=

ولأنه تَمليكُ الفِعلِ منها؛ إذ لا يَملِكُ منْعَها عن ذلك، وهذه أمارةُ المالِكيّةِ.

ولأن الْمُتصرِّفَ عن استِنابةٍ[1] عامِلٌ لغَيره، وهي في رَفع القيدِ عن نَفسها عامِلةٌ لنَفسها لا لغَيرها.

والتَّمليكاتُ تَقتَضي جَوابًا في الْمَجلِس؛ لأنه يَملِكُ[2] منها[3] الفِعلَ للحال،

= عبد الرزاق رواه الطبراني في «معجمه»، قال البيهقي: فيه انقطاع بين مجاهد، وابن مسعود.

وحديث جابر: رواه عبد الرزاق أيضًا (١١٩٣٥) أخبرنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله قال: إذا خير الرجل امرأته فلم تختر في مجلسها ذلك فلا خيار لها. انتهى.

وحديث عمر وعثمان: رواه ابن أبي شيبة (١٨١١١) وعبد الرزاق (١١٩٣٨) في مصنفيهما: حدثني المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمر: أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قالا: أيما رجل مَلّك امرأته أمرها وخيرها، ثم افترقا من ذلك المجلس: فليس لها خيار، وأمرها إلى زوجها. انتهى، قال البيهقي: والمثنى بن الصباح ضعيف، ومن طريق ابن أبي شيبة رواه في «المعرفة».

وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص: رواه ابن أبي شيبة (١٨١١٧) أيضًا عن حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال في الرجل يخير امرأته: لها الخيار ما دامت في مجلسها. انتهى، والحجاج ضعيف.

وأخرج ابن أبي شيبة نحو ذلك عن مجاهد، وجابر بن زيد، والشعبي، والنخعي، وعطاء، وطاووس.

قال البيهقي: وقد تعلق بعض من يجعل لها الخيار ولو قامت من المجلس بحديث تخيير عائشة، وهو في الصحيحين: «إني ذاكر لك أمرًا، فلا عليك أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك»، وهذا غير ظاهر، لأنه عليه السلام لم يخيرها في إيقاع الطلاق بنفسها، وإنما خيرها على أنها إن اختارت نفسها أحدث لها طلاقًا، لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]. انتهى.

(١) في (ب): استبانة، وفي (هـ): أسبابه، وفي نسخة على (ز): إنابة.

(٢) في (هـ) و(ز): تمليك.

(٣) في (ب) و(ج) و(هـ): منه.

فيَقتَضي جَوابًا في الحال، كما في تَمليك الأعيانِ، إلا أن مَجلِسَ التَّمليكِ أُلحِق بالحال نظَرًا للنّاس.

فإن قِيل: كيف يُعتبَرُ تَمليكًا مع بَقاءِ مِلكِه، والشَّيءُ الواحِدُ يَستحيلُ أن يَكونَ كلُّه مَملوكًا للشَّخصَين[1]؟

قُلنا: هذا تَمليكُ الإيقاعِ لا تَمليكُ العَينِ، فقبْلَ[2] الإيقاعِ بَقي[3] مِلكُه.

فإن قامَت، أو أخَذت في عمَلٍ آخرَ: بَطَل.

فإن قامَت، أو[4] أخَذت في عمَلٍ آخرَ يُعرَفُ أنه قطعٌ لِما كانَت فيه: بَطَل خِيارُها؛ لأن اشتِغالَها بعمَلٍ آخرَ يَقطَعُ الْمَجلِسَ؛ ألا تَرى أن الْمَجلِسَ يَكونُ مَجلِسَ الْمُناظَرةِ، ثم يَنقلِبُ مَجلِسَ الأكلِ إذا اشتَغَلوا به، ثم مَجلِسَ القِتالِ إذا شَرَعوا فيه.

ولأن الذَّهابَ عن الْمَجلِس إنما أَبطَلَ خِيارَها: لوُجود دَليلِ الإعراضِ عما فُوِّض إليها، وذا يَحصُلُ باشتِغالها بعمَلٍ آخرَ، وكذا بقِيامها وإن لم تَذهَب؛ لأنه دَليلُ الإعراضِ أيضًا.

بخِلاف الصَّرفِ والسَّلَمِ؛ فإن مُجرَّدَ القِيامِ قبلَ الذَّهابِ لا يُبطِلُ العقدَ ثَمّ؛ لأنه لا مُعتبَرَ بدَليل الإعراضِ ثَمّ، وإنما الْمُعتبَرُ الافتِراقُ قبلَ القبضِ.

ثم لا بُدَّ من النِّيَّة في قَوله: (اختارِي)؛ لأن الاختيارَ من كِنايات الطَّلاقِ، فلا يَعمَلُ بلا نِيَّة.

---

(١) في (أ): لشخصين.

(٢) في (هـ): فقيل.

(٣) في (ب) و(هـ): نفى.

(٤) في (ج): و.

وهذا لأنه يَحتمِلُ أنه أَراد به: اختارِي[1] نَفَقةً أو كِسوةً أو دارًا للسُّكنى، ويَحتمِلُ أنه أَراد به اختِيارَها نفسَها في أَمر الطَّلاقِ، فلا يَقَعُ الطَّلاقُ بجَوابها إلا بالنِّيَّة، فإذا نَوى الطَّلاقَ واختارَت نفسَها: يَقَعُ طَلقةً بائِنةً.

والقِياسُ: أن لا يَقَعَ شيءٌ وإن نَوى الطَّلاقَ؛ لأن التَّفويضَ إليها إنما يَصِحُّ فيما يَملِكُ مُباشَرتَه بنَفسه، وهو لا يَملِكُ إيقاعَ الطَّلاقِ عليها بهذا اللَّفظِ، حتى لو قال: (اختَرتُكِ من نَفسي)، أو (اختَرتُ نَفسي منكِ): لا يَقَعُ شيءٌ، فلا يَملِكُ التَّفويضَ إلى غَيره، لكنَّا تَركنا القِياسَ بآثار الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم[2].

ولأن الزَّوجَ مُخيَّرٌ بينَ أن يَستديمَ نِكاحَها أو يُفارِقَها، فيَملِكُ أن يُقيمَها مُقامَ نفسِه في حقِّ هذا الحُكمِ.

والواقِعُ بها بائِنٌ؛ لأن اختِيارَها نفسَها إنما يَكونُ بثُبوت اختِصاصِها بها، وذا في البائِنِ؛ لأن في الرَّجعيِّ يَتمكَّنُ الزَّوجُ من رَجعتها بلا رِضاها.

ولم تَصِحَّ نِيَّةُ[3] الثَّلاثِ(ك).

ولا يَكونُ ثَلاثًا وإن نَوى الزَّوجُ ذلك، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، فعندَه: الواقِعُ به ثَلاثًا؛ لأن الاختِيارَ لا يَتنوَّعُ؛ لأنه يُبنَى على الخُلوص، وهو غيرُ مُتنوِّعٍ إلى الغِلظة والخِفَّةِ، كالطَّلاق، بخِلاف البَينونةِ.

ولأن البَينونةَ هنا تَثبُتُ اقتِضاءً؛ لأنه لولا البَينونةُ لَمَا تَحقَّق اختِيارُها نفسَها، ولا تَنجو عن صُحبته، ولا عُمومَ لِمَا ثَبَت اقتِضاءً.

---

(١) في (أ): اختياري.

(٢) أي ما سبقت الإشارة إليه.

(٣) في (س): نيته.

فإن قِيل: ثُبوتُ البَينونةِ في (أنتِ بائِنٌ) اقتِضائيٌّ، وقد صَحَّت نِيَّةُ الثَّلاثِ ثَمَّ.

قُلنا: ما صَحَّت نِيَّةُ الثَّلاثِ باعتِباره، بل لتَنوُّع البَينونةِ، وهي مَلفوظةٌ، ولا كذلك هنا.

وذِكْرُ نفسِها، أو التَّطليقةِ، أو الاختِيارةِ.. في أحَد كَلامَيهما[1]: شرطٌ.

ولا بُدَّ من ذِكر نفسِ الْمَرأةِ أو التَّطليقةِ أو الاختِيارةِ، أو ما يَكونُ كِنايةً عن ذلك، في كِلامه أو كَلامِها.

حتى لو قال لها: (اختارِي)، فقالَت: (اختَرتُ): كان باطِلًا؛ لأن قولَها: (اختَرتُ) مُحتمِلٌ، يَجوزُ أن تُريدَ به اختِيارَ الزَّوجِ، وعلى هذا لا يَقَعُ الطَّلاقُ، ويَجوزُ أن تُريدَ به اختِيارَها نفسَها، فتَطلُقُ، فلا تَطلُقُ بالشَّك.

ولأنه إنما عُرِف طَلاقًا بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُم[2]، وهو في الْمُفسَّرة من أحَد الجانِبَين في كَلامه[3].

ولو قال لها: (اختارِي نفسَكِ)، فقالَت: (اختَرتُ): يَقَعُ واحِدةً بائِنةً؛ لأن كَلامَه مُفسَّرٌ، وكَلامُها خَرَج جَوابًا له، فيَصيرُ الْمَذكورُ في كَلامه كالْمُعاد في كَلامها، فكأنها قالَت: (اختَرتُ نَفسي).

وكذا لو قال: (اختارِي اختِيارةً)، فقالَت: (اختَرتُ)؛ لأن الاختِيارةَ تُنبِئُ عن الاتِّحاد، واختِيارُها نفسَها يَتَّحِدُ مرّةً ويَتعدَّدُ أُخرى؛ لأن التَّفرُّدَ[4] والتَّعدُّدَ من خَواصّ

---

(١) في (ع): كلامهما.

(٢) كما تقدم.

(٣) قوله: (في كلامه) مثبت من (هـ).

(٤) في (ز): التفرق.

الطَّلَاقِ، أما اختِيارُها زوجَها: فلا، فصار مُفسَّرًا من جانِبه.

قال: (اختارِي)، فقالَت: (أنا أختارُ نَفسي)، أو (اختَرتُ نَفسي): يَقَعُ.

ولو قال: (اختارِي)، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي): طَلُقت إذا نَوى؛ لأن كَلامَها مُفسَّرٌ، وما نَواه من مُحتمَلات كَلامِه، فيَصِحُّ[1].

ولو قال: (اختارِي)، فقالَت: (أنا أختارُ نَفسي): طَلُقت.

والقِياسُ: أن لا تَطلُقَ؛ لأن كَلامَها ليس بجَوابٍ؛ لأنه يَحتمِلُ الوعدَ؛ إذ الفِعلُ الْمُضارِعُ مُشتركٌ بينَ الحالِ والاستِقبالِ، فلا يَترجَّحُ أحَدُهما بلا مُرجِّحٍ، ولم يُوجَد؛ ألا تَرى أنه لو قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ)، فقالَت: (أنا أُطلِّقُ نَفسي): لم تَطلُق.

وجهُ الاستِحسانِ: أن هذا الكَلامَ جُعِل جَوابًا بالسُّنّة والْمَعقولِ.

أما السُّنّةُ: فما رُوِي أنه[2] لما نَزَل قولُه تَعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا...﴾ الآيةَ [الأحزاب: ٢٨]: بَدأ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعائِشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فقال لها: «إنِّي مُخبِرُكِ[3] بأمرٍ، فلا تُجِيبيني[4] حتى تَستأمِري[5] أبويكِ[6]»، ثم أخبَرها بالآية، فقالَت: أفي هذا أستأمِرُ أبويّ؟! لا، بل أختارُ اللهَ ورَسولَه[7].

---

(١) في (و): فلا يصح.

(٢) في (ز): أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ.

(٣) في (ب): مخيرك.

(٤) في (ز): فلا تجيبي.

(٥) في (هـ): تشاوري.

(٦) في (د): أبوك، وفي (ب): أبا بكر.

(٧) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٣٠: أخرجه البخاري (٢٤٦٨) ومسلم (١٤٧٥) عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن عائشة قالت: لما أمر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بتخيير أزواجه بدأ بي، فقال: «إني ذاكر=

وجَعَل رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذا الكَلامَ منها جَوابًا.

وأما المَعقولُ: فلأن هذه الصِّيغةَ وإن كانَت مُشتركةً بينَ الحالِ والاستِقبالِ.. إلا أن أحدَ المَعنيَين قد تَرجَّح بدَلالة العادةِ؛ لأن العادةَ جَرَت بإرادة الحالِ به دونَ الاستِقبالِ، يُقالُ: (فُلانٌ يَختارُ كذا، وأنا أختارُ كذا)، ويُرادُ به الحالُ.

كما في قَول الشّاهدِ: (أشهَدُ)، وقولِ الكافرِ: (أشهَدُ أن لا إلهَ إلا اللهُ)، فإنه يُرادُ به التَّحقيقُ، حتى صار مُسلِمًا؛ لأنه يُخبِرُ عن اعتِقاده، فكذا هنا (أنا[1] أختارُ) حِكايةٌ عن اختِيارها.

بخِلاف قولِها: (أنا أُطلِّقُ)؛ لأنه لا يُتصوَّرُ أن تكونَ مُطلِّقةً في حال كونِها حاكِيةً؛ لأنه ليس بحِكايةٍ عن أمرٍ قائمٍ؛ إذ التَّطليقُ فِعلُ اللِّسانِ دونَ القلبِ، فاستَحال التَّطليقُ في زَمان الوعدِ به؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما فِعلُ اللِّسانِ.

ولا كذلك قولُه: (أختارُ)؛ لأن الاختِيارَ عمَلُ القلبِ، فيَكونُ الذِّكرُ باللِّسان عِبارةً عن أمرٍ قائمٍ في القَلب، فصار كقَوله: (أشهَدُ أن لا إلهَ إلا اللهُ).

ولأن العادةَ لم تَجرِ في (أنا أُطلِّقُ) بإرادة الحالِ.

قال: (اختارِي) ثَلاثًا، فقالَت: (اختَرتُ الأُولى)، أو (الوُسطى)، أو (الأخيرةَ)، أو

=لك أمرًا، فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك»، وقد علم أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه، ثم قال: «إن الله تعالى قال لي: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا﴾ إلى قوله: ﴿أَجْرًا عَظِيمًا﴾»، فقلت: ففي هذا أستأمر أبوي؟! فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، ثم فعل أزواج النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مثل الذي فعلت. انتهى. وفي لفظ لمسلم: بل أختار الله ورسوله، وروى الأئمة الستة في كتبهم عن مسروق عن عائشة قالت: خيرنا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فاخترناه، فلم يَعدُدْه علينا شيئًا. انتهى. وفي لفظ لهما: فلم يعد ذلك طلاقًا، والله أعلم.

(١) في (و): ما أنا.

(اختيارة): وَقَع الثَّلاثُ(س م) بلا نِيّة.

ولو قال لها: (اختارِي اختارِي اختارِي)، فقالَت: (اختَرتُ الأُولى)، أو (الوُسطى)، أو (الأخيرةَ): طَلُقت ثَلاثًا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولا يُحتاجُ إلى نِيّة الزَّوجِ؛ لأن في لَفظه ما يَدُلُّ على إرادة الطَّلاقِ، وهو قولُه: (اختارِي) ثَلاثَ مرّاتٍ، فإن الطَّلاقَ هو الْمَحصورُ[1] بعَدَد الثَّلاثِ.

وقالا: تَطلُقُ واحِدةً؛ لأن هذا اللَّفظَ يُفيدُ الإفرادَ والتَّرتيبَ؛ لأن الأُولى تَأنيثُ الأوَّلِ، وهو اسمٌ لفردٍ سابِقٍ، والوُسطى: تَأنيثُ الأوسَطِ، وهو: اسمٌ لفردٍ[2] تَقدَّم عليه مِثلُ ما تَأَخَّر عنه، والأخيرةُ: اسمٌ لفردٍ لاحِقٍ.

والتَّرتيبُ باطِلٌ؛ لأنه لا تَرتيبَ فيما ملكَتْه، فيُعتبَرُ فيما يُفيدُ، وهو الإفرادُ.

وله: أن التَّطليقاتِ الثَّلاثَ قد اجتَمَعت في مِلكها، حتى تَقَعُ الثَّلاثُ جُملةً باختِيارها نفسَها.

والْمُجتمِعُ في مَكانٍ لا يَليقُ به صِفةُ التَّرتيبِ، فإن القومَ إذا اجتَمَعوا في مَكانٍ لا يُقالُ: (هذا أوَّلُ)، و(هذا آخِرٌ)، وإنما يُقالُ: (هذا جاء أوَّلًا)، فكذا الْمُجتمِعُ في الْمِلك لا يَليقُ به صِفةُ التَّرتيبِ.

فلَغا قولُها: (الأُولى)، أو (الوُسطى)، أو (الأخيرةَ)، وبَقي قولُها: (اختَرتُ).

ولو قالَت: (اختَرتُ) وسكَتَت: وَقَع الثَّلاثُ، فكذا هنا.

فإن قِيل: إذا لَغا في حقِّ التَّرتيبِ لعَدَم إمكانِه.. فلِمَ يَلغو في حقِّ الإفرادِ وهو مُمكِنٌ؟

---

(١) في (هـ): المخصوص.

(٢) في (ز): لعدد.

قُلنا: إن الكَلامَ وُضِع[1] للتَّرتيب، والإفرادُ ثَبَت ضِمنًا وضَرورةً، فمتى لَغا الأصلُ لَغا ما في ضِمنه ضَرورةً.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا يَقَعَ شيءٌ؛ لأنه لما لَغا ذِكرُ التَّرتيبِ بَقي قولُها: (اختَرتُ)، وبهذا اللَّفظِ لا يَقَعُ الطَّلاقُ ما لم تَقُل: (اختَرتُ نَفسي).

قُلنا: هذا إذا لم يكن في لَفظ الزَّوجِ ما يَدُلُّ على تَخصيص الطَّلاقِ، وهنا في لَفظه ما يَدُلُّ على ذلك، وهو قولُه: (اختارِي) ثَلاثَ مرّاتٍ.

وقِيل: لا بُدَّ من ذِكر النَّفسِ، وإنما حُذِف لشُهرته؛ لأن غرَضَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ التَّفريغُ دونَ بَيانِ[2] صِحّةِ الجَوابِ.

ولو قالَت: (اختَرتُ اختِيارةً): طَلُقت ثَلاثًا اتِّفاقًا؛ لأنها للمرّة، فصار كأنها قالَت: (اختَرتُ نَفسي مرّةً واحِدةً) أو (بمرّةٍ)، وهناك يَقَعُ الثَّلاثُ؛ لأن الاختِيارَ بمرّةٍ إنما يَتحقَّقُ إذا اختارَت نفسَها بثَلاثٍ، فكذا هنا.

ولأن الاختِيارةَ للتَّأكيد؛ إذ الْمَصدَرُ إنما يُذكَرُ للتَّأكيد، وبدُون التَّأكيدِ يَقَعُ الثَّلاثُ، فمعه أَولى.

ولو قالَت: (طَلَّقتُ نَفسي بتَطليقةٍ)، أو (اختَرتُ نَفسي بتطليقةٍ): بانَت بواحِدةٍ.

ولو قالَت: (قد طَلَّقتُ نَفسي)، أو (اختَرتُ نَفسي بتَطليقةٍ): بانَت بواحِدةٍ؛ لأنها إنما تَنصرِفُ حُكمًا للتَّفويض، والزَّوجُ مَلَّكها الاختِيارَ، وهو من الكِنايات، فيَكونُ تَفويضًا في البائِن، فتَملِكُ الإبانةَ لا غيرُ.

وذَكَر في «الهِداية»: (فهي واحِدةٌ يَملِكُ الرَّجعةَ؛ لأن هذا اللَّفظَ يُوجِبُ الانطِلاقَ

(١) في (هـ): وقع.

(٢) في (ب) و(ج): بناء.

بعدَ انقِضاءِ العِدّةِ، فكأنها اختارَت نفسَها بعدَ العِدّةِ).

ومِثلُه في بَعض نُسَخِ «الجامعِ الصَّغيرِ».

والصَّوابُ: أنه لا يَملِكُ الرَّجعةَ، وهكذا ذَكَر في «الجامعِ الكَبيرِ»، لأن الاعتِبارَ لجانِبِ التَّفويضِ؛ ألا تَرى أنه لو أمَرها بطَلاقٍ يَملِكُ الرَّجعةَ، فطَلَّقت بائِنةً، أو أمَرها بالبائِنِ، فطَلَّقت رَجعيّةً: وَقَع ما أمَر به الزَّوجُ.

(أمرُكِ بيَدكِ في تَطليقةٍ)، أو (اختارِي تَطليقةً)، فاختارَت نفسَها: طَلُقت رَجعيّةً.

وإن قال لها: (أمرُكِ بيَدكِ في تَطليقةٍ)، أو (اختارِي تَطليقةً)، فاختارَت نفسَها أي قالَت: (قد اختَرتُ نَفسي): فهي واحِدةٌ رَجعيّةٌ؛ لأنه فَوَّض إليها أن تَختارَ نفسَها، لكن بتَطليقةٍ، وهي مُعقِبةٌ للرَّجعة.

فإن قِيل: قولُه: (أمرُكِ بيَدكِ) أو (اختارِي).. يُفيدُ البَينونةَ، فلا يَجوزُ صرفُها عنها إلى غَيرها.

قُلنا: لَمّا قَرَنه بالصَّريح عُلِم أنه أَراد به الرَّجعيَّ، كما لو قَرَن الصَّريحَ بالبائِنِ، بأن قال: (أنتِ طالِقٌ بائِنٌ)، فإنه يَتبيَّنُ به أنه أَراد به البائِنَ.

(اختارِي اختارِي اختارِي بألفٍ)، فقالَت: (اختَرتُ واحِدةً)، أو (بواحِدةٍ)، أو (اختَرتُ): وَقَع الثَّلاثُ، والمالُ بالثّالِثة، وبالكلِّ لو قال بالواو.

وإن قال: (اختارِي اختارِي اختارِي بألفٍ)، فقالَت: (اختَرتُ جَميعَ ذلك)، أو (واحِدةً)، أو (بواحِدةٍ): يَقَعُ الثَّلاثُ، وعليها الألفُ بمُقابَلة الثّالثةِ[1]؛ لأنه لَمّا قَرَن المالَ بالأخِيرة، ولم يَذكُر حرفَ العطفِ بينَهما ليَصيرَ الْمَقرونُ بالأخِيرة مَقرونًا

---

(١) في (د): الثلاثة.

بالأُولى والثّانيةِ، وهذا كالاستِثناء والشَّرطِ، فإنه يَنصرِفُ إلى الأخِيرة.

وإن قالَت: (اختَرتُ نَفسي بالأُولى)، أو (الوُسطى)، أو (الأخيرةِ): فكذلك عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: إن اختارَت بالأُولى أو الوُسطى: تَقَعُ واحِدةٌ بلا شيءٍ، وإن اختارَت بالثّالِثة يَقَعُ بألفٍ.

وإن قال: (اختارِي واختارِي واختارِي بألفٍ)، فقالَت: (اختَرتُ)، أو (اختَرتُ واحِدةً)، أو (بواحِدةٍ): يَقَعُ الثَّلاثُ بألفٍ إجماعًا.

وإن قالَت: (بالأُولى)، أو (الوُسطى): فكذلك عندَه.

وعندَهما: لا يَقَعُ شيءٌ؛ لأنه فَوَّض إليها اختِيارَ الثَّلاثِ، وقد اختارَت واحِدةً، فلا يَقَعُ شيءٌ، واللهُ أعلمُ.

فَصْلٌ فِي الْأَمْرِ بِالْيَدِ

(أمرُكِ بيَدكِ) يَنوي ثَلاثًا، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي بواحِدةٍ): يَقَعْنَ، وإن قالَت: (طَلَّقتُ نَفسي بواحِدةٍ)، أو (اختَرتُ نَفسي بتَطليقةٍ): بانَت بواحِدةٍ.

وإذا قال لها: (أمرُكِ بيَدكِ) ينوي ثلاثًا، فقالت: (قد اختَرتُ نَفسي بواحِدةٍ): فهي ثَلاثٌ؛ لأن الاختِيارَ صَلَح جَوابًا للأَمر باليَد؛ لأنه جُعِل جَوابًا للتَّمليك بإِجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[1]، وهذا تَمليكٌ، كالتَّخيير.

وقولُها: (بواحِدةٍ): أي بمرّةٍ واحِدةٍ، يَعني: باختِيارةٍ واحِدةٍ، بطَريق حذفِ الْمَوصوفِ وإقامةِ الصِّفةِ مُقامَه.

وإنما تَصيرُ مُختارةً بمرّةٍ واحِدةٍ إذا وَقَع[2] الثَّلاثُ.

وإن قالَت: (طَلَّقتُ نَفسي بواحِدةٍ)، أو (اختَرتُ نَفسي بتَطليقةٍ): فهي واحِدةٌ بائِنةٌ؛ لأن الواحِدةَ لَمّا كانَت صِفةً، والصِّفةُ لا بُدَّ لها من مَوصوفٍ.. وَجَب إثباتُ ما يَدُلُّ عليه الْمَذكورُ السّابقُ، والْمَذكورُ فيما سَبَق قولُها: (اختَرتُ)، فيَجِبُ[3] إثباتُ الاختِيارةِ التي يَدُلُّ عليها (اختَرتُ)؛ لأنها أشَدُّ استِباقًا إلى الوَهْم، وأكثَرُ ارتِباطًا بالفَهم.

وفيما نحن فيه قولُها: (طَلَّقتُ)، فيَجِبُ إثباتُ التَّطليقةِ، فتَقَعُ واحِدةٌ، إلا أنها تكونُ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ب): اختارت.

(٣) في (ب) و(ج): فوجب.

بائنةً[1] في الفصلَين، أعنِي: قولَها: (طَلَّقتُ نَفسي بواحِدةٍ) وقولَها: (اختَرتُ نَفسي بتَطليقةٍ).

لأن التَّفويضَ في البائِن، والواقِعُ ما فُوِّض إليها؛ لأن كَلامَها خَرَج جَوابًا له، فصارَت الصِّفةُ الْمَذكورةُ في تَفويضه مَذكورةً في جَوابها؛ لأن الجَوابَ يَنتظِمُ إعادةَ ما سَبَق.

واعلَم أن حُكمَ الأمرِ باليَد كالحُكم في التَّخيير[2] في حقِّ الاقتِصارِ على الْمَجلِس؛ لأنه تَمليكُ الأمرِ منها، وفي أن لا يَقَعَ الطَّلاقُ فيه بلا نِيّةٍ؛ لأنه لفظٌ مُشتَركٌ يَحتمِلُ الأمرَ باليَد في الطَّلاق وفي أمرٍ آخرَ سِواه، فيُنوَّى[3] فيه، كما في التَّخيير.

إلا أنه إذا نَوى ثَلاثَ تَطليقاتٍ هنا صحّ؛ لأن قولَه: (أمرُكِ بيَدكِ) يَكونُ في الطَّلاق وفي غَيره، ولهذا صحَّ جَوابُها بـ (طَلَّقتُ نَفسي).

فإذا نَوى الطَّلاقَ صار هذا أمرًا بالتَّطليق، والأمرُ بالتَّطليق يَحتمِلُ الثَّلاثَ.

أما التَّخييرُ: فليس بأمرٍ للطَّلاق[4] وضعًا، بل هو أمرٌ باختِيارها نفسَها، واختِيارُها نفسَها ليس بتَطليقٍ، وإنما يَثبُتُ زَوالُ مِلكِ النِّكاحِ: ضَرورةَ صِحّةِ اختِيارِها نفسَها، فلا يَحتمِلُ الثَّلاثَ؛ لكَونه ضَروريًّا.

(أمرُكِ بيَدكِ اليومَ وبعَد غدٍ): لم يَدخُل اللَّيلُ فيه، وإن رَدَّت في يَومها بَطَل ذلك، وكان بيَدها بعدَ غدٍ[ز].

وفي (أمرُكِ بيَدكِ اليومَ وغدًا): دَخَل، وإن ردَّت في يَومها لم يَبقَ في الغَد.

---

(١) في (هـ): ثانية.

(٢) في (ب): كالحكم بالتخيير، وفي (د): كالحكم بأن التخيير.

(٣) في (د): فسوى.

(٤) في (ب): بالطلاق.

وإن قال لها: (أمرُكِ بيَدكِ اليومَ وبعدَ غدٍ): لم يَدخُل فيه اللَّيلُ.

وإن رَدَّت الأمرَ في يَومها: بَطَل أمرُ ذلك اليومِ، وكان الأمرُ بيَدها بعدَ غدٍ.

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ اليومَ وغدًا): يَدخُلُ اللَّيلُ في ذلك.

وإن رَدَّت الأمرَ في يَومها: لم يَبقَ الأمرَ في يَدها في الغَد.

لأنه في الْمَسألة الأُولى جَعَل الأمرَ بيَدها في وقتَين مُنفصِلَين لا يَصِحُّ أن يُجعَلا وقتًا واحِدًا؛ لتَخلُّل ما يُوجِبُ الفصلَ، وهو اليومُ واللَّيلةُ، فكانا أمرَين، فرَدُّ أحَدِهما لا يَتعدّى إلى الآخَر.

ولا يَدخُلُ اللَّيلُ في الأَمر؛ لأن كلَّ واحِدٍ من اليَومَين[1] ذُكِر مُنفرِدًا، واليومُ الْمُنفرِدُ لا يَتناوَلُ اللَّيلَ.

وقال زفرُ: هما أمرٌ واحِدٌ، كقَوله: (أنتِ طالِقٌ اليومَ وبعدَ غدٍ).

قُلنا: الأمرُ باليَد يَحتمِلُ التَّوقيتَ، فتَوقَّت الأمرُ الأوَّلُ بالوَقت الأوَّلِ، وجُعِل الثّاني أمرًا مُبتدَأً؛ لأنه تَخلَّل بينَهما ما ليس بوقتٍ للأمر[2]، فبِرَدِّ الأوَّلِ لا يَرتدُّ الثّاني، والطَّلاقُ لا يَحتمِلُ التَّوقيتَ.

وجاز أن يَكونَ مَوصوفُه في اليَوم وبعدَ غدٍ بطَلاقٍ واحِدٍ، فلا يَحتاجُ إلى طَلاقٍ آخرَ.

وفي الْمَسألة الثّانيةِ: الأمرُ واحِدٌ؛ لأنه لم يَتوسَّط بينَ الوَقتَين الْمَذكورَين وقتٌ ليس فيه أمرٌ، فكان أمرًا واحِدًا؛ لأن تَخلُّلَ اللَّيلةِ لا يَجعَلُهما مُدّتَين؛ لأن القومَ قد

---

(١) في (ب): الأمرين.

(٢) في (ب): الأمر، وفي (ز): للأول.

يَجلِسون(١) للمَشورة، فيَهجُمُهم(٢) اللَّيلُ ولا تَنقطِعُ مَشورتُهم ومَجلِسُهم.

فإذا رَدَّت الأمرَ في اليَوم لم يَبقَ في الغَد، كما لو قال: (في يومَين).

وكما لو قال: (أمرُكِ بيَدكِ اليومَ)، فرَدَّت في أوَّل اليومِ: كان ردًّا له في انتِهائه؛ لاتِّحاد الأمرِ، كذا هنا.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنها إذا رَدَّت(٣) الأمرَ في اليَوم لها أن تَختارَ نفسَها غدًا؛ لأنها لا تَملِكُ ردَّ الأمرِ، كما لا تَملِكُ ردَّ الإيقاعِ.

وجهُ الظّاهرِ: أنها إذا اختارَت نفسَها في اليَوم لم يَبقَ لها الخِيارُ في الغَد، فكذا إذا اختارَت زوجَها يَرُدُّ الأمرَ؛ إذ الْمُخيَّرُ بينَ الأمرَين لا يَملِكُ إلا اختِيارَ أحَدِهما.

ولو بَقِي الأمرُ لكان لها أن تَختارَ في الغَد خِلافَ ما اختارَت في اليَوم، فلَزِم أن يَكونَ لها اختِياران(٤) في(٥) تَخييرٍ واحِدٍ.

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الإملاء»: أنه إذا قال: (أمرُكِ بيَدكِ اليومَ، وأمرُكِ بيَدكِ غدًا): أنهما أَمران، حتى إذا اختارَت زوجَها اليومَ، ثم جاء الغدُ: صار الأمرُ بيَدها، وهو صَحيحٌ؛ لاستِقلال(٦) كلِّ واحِدٍ من الكَلامَين.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه لو قال: (أمرُكِ بيَدكِ اليومَ): أن أمرَها بيَدها إلى غُروب

---

(١) في (ب): يجلسون في مكان للمشورة، وفي (هـ): تحبسهم.

(٢) في (د): فيهجرهم.

(٣) في (هـ): أرادت.

(٤) في (هـ): اختيارات.

(٥) في (د): من.

(٦) في (هـ): لاستقبال.

الشَّمسِ، ولو قال: (أمرُكِ بيدكِ في اليوم)، فقامَت من الْمَجلِس: خَرجَ من يَدها، وهو كقَوله: (أنتِ طالِقٌ غدًا وفي[1] غدٍ).

ولو قال: (أمرُكِ بيدكِ يومَ يَقدَمُ فُلانٌ)، فلم تَعلَم بقُدومه حتى جَنَّ اللَّيلُ: فلا خِيارَ لها؛ لأنه حُمِل على بَياض النَّهارِ؛ لما مرّ، فيَتوقَّتُ به، ويَنقَضي بانقِضائه، فإنما عَلِمت بعدَ انقِضاءِ الأمرِ، فلا يُعتبرُ.

مَكَثت بعدَ التَّفويضِ يومًا، ولم تَقُم، أو جَلَست عنه، أو اتَّكأت[2] عن قُعودٍ، أو عَكَست[ر]، أو دَعَت أَباها أو شُهودًا للمَشُورة والإشهادِ، أو كانَت على دابّةٍ، فوَقَفت: بَقِي خِيارُها، وإن سارَت لا.

وإذا جَعَل أمرَها بيَدها، أو خَيَّرها: فلها الخِيارُ ما دامَت في مَجلِسها، وإن مَكَثت يومًا أو أكثرَ؛ لإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُم[3].

فإن أخَذت في عمَلٍ آخرَ: خَرَج الأمرُ من يَدها؛ لأن هذا تَمليكُ التَّطليقِ منها؛ لأنها

---

(١) في (هـ): أو في.

(٢) اتكأ: وزنه افتعل، ويستعمل بمعنيين: أحدهما: الجلوس مع التمكن، والثاني القعود مع تمايلٍ معتمدًا على أحد الجانبين. «المصباح» ١/ ٧٦.

اتكأ: جلس متمكنًا، وفي التنزيل: ﴿وَسُرُرًا عَلَيْهَا يَتَّكِـُٔونَ﴾ [الزخرف: ٣٤]، أي يجلسون، وقال: ﴿وَأَعْتَدَتْ لَهُنَّ مُتَّكَـًٔا﴾ [يوسف: ٣١]، أي مجلسًا يجلسن عليه، قال ابن الأثير: والعامة لا تعرف الاتكاء إلا الميل في القعود معتمدًا على أحد الشقين، وهو يستعمل في المعنيين جميعًا، يقال: اتكأ.. إذا أسند ظهره أو جنبه إلى شيء معتمدًا عليه، وكل من اعتمد على شيء فقد اتكأ عليه.

وقال السرقسطي أيضًا: أتْكَأته: أعطيته ما يتكئ عليه، أي ما يجلس عليه، وضربته حتى أتْكَأتُه أي سقط على جانبه، والتاء مبدلة من واو، والاسم التُّكَأة، مثال رُطَبة. «المصباح» ٢/ ٦٧٠.

(٣) تقدم تخريجه.

تَتصرَّفُ برَأيها، والمالِكُ مَن يَتصرَّفُ برَأيه.

والتَّمليكُ يَقتَضي جَوابًا في الْمَجلِس، كالإيجاب في باب البيعِ.

ثم إن كانَت تَسمَعُ يُعتبَرُ مَجلِسُها ذلك، وإن كانت لا تَسمَعُ فمَجلِسُ عِلمِها وبُلوغِ الخبَرِ إليها.

بخِلاف البيعِ؛ فإن التَّمليكَ في البَيع من الغائِب لا يَصِحُّ، ولا يَتوقَّفُ على عِلمه وبُلوغِه إيّاه، وهنا يَصِحُّ من الغائِب، ويَتوقَّفُ على بُلوغه؛ لأن التَّمليكَ هنا يَتضمَّنُ مَعنى التَّعليقِ؛ إذ فيه تَعليقُ وُقوعِ الطَّلاقِ بتَطليقها.

واعتِبارُ مَعنى التَّعليقِ يَستَدعي لُزومَ التَّمليكِ؛ فإن التَّعليقَ إذا وُجِد يَلزَمُ بحيث لا يَملِكُ الْمُعلِّقُ إبطالَه.

وإذا كان لازِمًا لم يُعتبَر في ذلك مَجلِسُه؛ لأنه إذا لم يُعتبَر رُجوعُه لم يُعتبَر مَجلِسُه أيضًا، حتى لا يَبطُلُ بقِيامه، فيُعتبَرُ مَجلِسُها وعِلمُها، فإذا عَلِمت بذلك فلها الخِيارُ، والبيعُ تَمليكٌ محضٌ ليس فيه مَعنى التَّعليقِ.

وإذا اعتُبِر مَجلِسُها فالْمَجلِسُ تارةً يَتبدَّلُ حَقيقةً بالتَّحوُّل إلى مَكانٍ[1] آخرَ، وطَورًا يَتبدَّلُ حُكمًا بالأَخذ في عمَلٍ آخرَ.

ويَخرُجُ الأمرُ من يَدها بمُجرَّد القِيامِ؛ لأن ذلك دَلالةُ الإعراضِ؛ لكَون القِيامِ مُفرِّقًا للرَّأي، بخِلاف ما إذا مَكثت يومًا أو أكثرَ ولم تقُم، ولم تَأخُذ في عمَلٍ آخرَ؛ لأن الْمَجلِسَ يَطولُ ويَقصُرُ، فيَبقى إلى أن يُوجَدَ ما يَقطَعُه أو يَدُلُّ على الإعراضِ.

والْمُرادُ بالأَخذ في عمَلٍ آخرَ: عمَلٌ يُعرَفُ أنه قطعٌ لِما كانَت فيه لا نفسُ العمَلِ، حتى لو شَرِبت ماءً لا يَبطُلُ الأمرُ؛ لأنها قد تَشرَبُ لتَتمكَّنَ من الكَلام، ففي حالِ

(١) في (ب): من مكان إلى مكان.

الْمُشاجَرةِ والخِصامِ قد يَجِفُّ الفمُ، فلا تَقدِرُ على الكَلام ما لم تَشرَب، فلا يَكونُ ذا دَليلَ الإعراضِ.

وكذلك إن أكَلت شيئًا يَسيرًا من غَير أن تَدعوَ بطَعامٍ، أو لَبِست ثِيابَها من غَير أن تَقومَ من ذلك الْمَجلِسِ، أو سَبَّحت، أو قَرَأت آيةً؛ لأن ذا عمَلٌ قَليلٌ.

بخِلاف ما إذا دَعت بطَعامٍ فأكَلت، أو نامَت[1]، أو امتَشَطت، أو اغتَسَلت، أو اختَضَبت، أو جامَعها زوجُها؛ لاشتِغالها بعمَلٍ آخرَ لا تَحتاجُ إليه، وليس ذا من عَمَل الاختِيارِ.

ولو كانَت قائِمةً فقعَدت: فهي على خِيارها ما لم تَقُم؛ لأنه دَلالةُ الإقبالِ لا دَلالةُ الإعراضِ؛ لأن مَن حَزَبه[2] أمرٌ يقعُدُ إن كان قائِمًا؛ إذ القُعودُ أجمَعُ للرَّأي؛ لأنه سببُ الاستِراحةِ، وهي سببُ استِحضارِ الرَّأيِ.

ولو كانَت قاعِدةً فاتَّكَأت، أو كانت مُتَّكِئةً فاستَوت قاعِدةً: لا يَخرُجُ الأمرُ من يَدها؛ لأن ذا دَلالةُ الجِدِّ والتَّأمُّلِ، وصار كما لو كانَت مُحتبِيةً فتَربَّعت.

وفي رِوايةٍ: إذا كانَت قاعِدةً فاتَّكَأت: بَطَل خِيارُها؛ لأنه إظهارٌ للتَّهاوُن بما حَزَبها، فكان إعراضًا، والأوَّلُ أصحُّ.

فلو كانَت قاعِدةً فاضطَجَعت: بَطَل خِيارُها عندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو رِوايةٌ عن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لأن الاضطِجاعَ دَليلُ الإعراضِ والتَّهاوُنِ بما حَزَبها.

وعن أبي يوسفَ: أنه لا يَبطُلُ خِيارُها؛ لأن المرءَ قد يَضطجِعُ إذا أَراد أن يَتأمَّلَ في أمرٍ، فلا يَكونُ دَليلَ الإعراضِ.

---

(١) في (ز): قامت.

(٢) في (هـ): أحزنه.

ولو قالَت: (ادعُوا[1] أبي أستَشيرُه)، أو (شُهودًا أُشهِدُهم): فهي على خِيارها؛ لأن الاستِشارةَ لتَحرِّي الصَّوابِ والسَّدادِ، والإشهادُ للتَّحرُّز عن الجُحود والعِنادِ، فكانا دَليلَي الإقبالِ لا الإعراضِ.

وإن خَيَّرها وهي على دابّةٍ أو في مَحمِلٍ، فوَقَفت: بَقي خِيارُها، وإن سارَت بَطَل خِيارُها.

لأن سيرَ الدّابّةِ يُضافُ إلى راكِبها.

والفُلْكُ كالبَيت.

والسَّفينةُ بمَنزِلة البيتِ؛ لأن جَرَيانَ السَّفينةِ لا يُضافُ إلى راكِبها؛ لأنها لا تُساقُ، ولكنها تَجري بالماء والرِّيحِ، وليس الماءُ والرِّيحُ في يَد أحدٍ، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَهِيَ تَجۡرِي بِهِمۡ فِي مَوۡجٖ كَٱلۡجِبَالِ﴾ [هُود: ٤٢].

ألا تَرى أنه لا يَقدِرُ على إيقافها متى شاء، وراكِبُ الدّابّةِ يَقدِرُ، فصار هذا كالبَيت، فيُعتبَرُ مَكانُها من السَّفينة.

قال فُضوليٌّ: (جَعَلتُ أمرَكِ بيَدكِ)، أو قالَت: (جَعَلتُ أَمري بيَدي)، أو (جَعَلتُ الخِيارَ إليّ)، واختارَت نفسَها، فأَجاز الزَّوجُ: لا يَقَعُ، وصار الأمرُ بيَدها.

فُضوليٌّ قال لامرَأة رَجُلٍ: (جَعَلتُ أمرَكِ بيَدكِ)، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي)، فأَجاز الزَّوجُ: لم يَقَع به طَلاقٌ، ولكن يَصيرُ الأمرُ بيَدها.

وكذا لو قالَت: (جَعَلتُ أَمري بيَدي)، و(اختَرتُ نَفسي)، فأَجاز الزَّوجُ: بَطَل اختيارُها نفسَها، وصار الأمرُ بيَدها.

---

(١) في (ج) و(ز): أدعو، وفي (د): ادع.

وكذا لو قالَت: (جَعَلتُ أمري بيَدي أمسِ).

وكذا لو قالَت: (جَعَلتُ الخِيارَ إليّ)، فأجاز الزَّوجُ ونَوى.

والأصلُ: أن كلَّ ما يَملِكُ الزَّوجُ مُباشَرتَه يَملِكُ إجازتَه، وما لا فلا، وهو لا يَملِكُ الإيقاعَ بلَفظ الاختِيارِ، فلا يَتوقَّفُ على إِجازته، ويَملِكُ جعْلَ الأمرِ باليَد، فيَتوقَّفُ على إجازته.

ولو قالَت: (جَعَلتُ أمسِ أمرِي بيَدي إلى اللَّيل)، فقال: (أجزتُ): لا يَصِحُّ؛ لِمُضِيِّ وقتِه.

ولو قالَت: (طَلَّقتُ)، أو (أبَنْتُ)، أو (حَرَّمتُ نفسي): يَقَعُ بإِجازته رَجعيّةٌ في الصَّريح، بائِنةٌ في غَيره.

ولو قالَت: (طَلَّقتُ)، أو (أبنتُ)، أو (حَرَّمتُ نَفسي): يَقَعُ بإِجازته رَجعيّةٌ في الصَّريح، بائِنةٌ في غَيره.

(أمرُها بيَد اللهِ تَعالى ويَدِكَ): تَفرَّد به الْمُخاطَبُ، وكذا العَتقُ، والبيعُ، بخِلاف (بيَدي ويَدِكَ).

ولو قال: (أمرُ امرَأتي بيَد اللهِ ويدِكَ)، أو قال: (جَعَلتُ أمرَها بيَد اللهِ ويدِكَ)، يُريدُ به الطَّلاقَ، فطَلَّقها الْمُخاطَبُ: يَقَعُ؛ لأن ذِكرَ اسمِ اللهِ للتَّبرُّك، كما في قَوله تَعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]، دونَ التَّمليكِ؛ إذ التَّمليكُ من الله تَعالى مُحالٌ.

وكذا العَتقُ، والإجارةُ[(١)]، والبيعُ، إلا أنه في الطَّلاق والعَتاقِ يَقتصِرُ على الْمَجلِس، ولا يَقبَلُ الرُّجوعَ؛ لاشتِماله على التَّمليك والتَّعليقِ، فباعتِبار التَّمليكِ يَقتصِرُ، وباعتِبار

---

(١) في (هـ): والإجازة.

التَّعليقِ لا يَقبَلُ الرُّجوعَ.

ولا يُمكِنُ اعتِبارُ التَّمليكِ في البَيع والإجارةِ؛ لأن الْمُفوِّضَ لا يملِكُ ذلك إلا عندَ قَبولِ الْمُشتَري، فإذا لم يَملِك[1] بنَفسه لا يَملِكُ التَّمليكَ من غَيره، فبَقي تَوكيلًا، فلا يَقتَصِرُ على الْمَجلِس، ويَقبَلُ الرُّجوعَ.

ولو قال: (أمرُ امرَأتي بيَدي ويدِك): لا يَتفرَّدُ[2] به الْمُخاطَبُ؛ لأنه أمكَن حملُه على التَّعليق بمَشيئتهما، أو اشتِراكِه[3] مع نفسِه في الْمِلك.

(أمرُها بيَد فُلانٍ شهرًا): يبطُلُ بمُضِيِّ شهرٍ يَليه، وإن لم تَعلَم.

ولو قال: (أمرُ امرَأتي بيَد فُلانٍ شهرًا): فهو على الشَّهر الذي يَليه، ويَبطُلُ بمُضِيِّه بلا عِلمٍ.

ولو قال: (إذا مَضى شهرٌ): صار بيَده في مَجلِس عِلمِه بعدَه.

ولو قال: (إذا مَضى شهرٌ فأمرُ امرَأتي بيَد فُلانٍ): فعلى مَجلِس عِلمِه بعدَ الشَّهرِ، فإن أوقَع في الْمَجلِس يَقَعُ، وإلا لا.

لأنه يَصيرُ مُرسِلًا بعدَه، فيَقتَصِرُ؛ لأنه تَمليكٌ.

وكذا (بيَد فُلانٍ وفُلانٍ)، لكن شُرِط الجمعُ.

ولو قال: (إذا مَضى شهرٌ فأمرُ امرَأتي بيَد فُلانٍ وفُلانٍ)، فمَضى شهرٌ، وعَلِم أحَدُهما: فأمرُها بيَده ما دام في الْمَجلِس.

---

(١) في (ب): لم يملكه.

(٢) في (هـ) و(ز): لا ينفرد.

(٣) في (ج): إشراكه.

فإن أوقَع: لا يَقَعُ ما لم يُوقِعِ الآخَرُ؛ لأنه رَضِي برأيهما، وهذا التَّصرُّفُ يُحتاجُ فيه إلى الرَّأي.

فإن قام أحَدُهما خَرَج الأمرُ من يَدهما؛ لأنه دَليلُ الإعراضِ منه، والآخَرُ لم يَنفرِد[1] به.

(أمرُكِ بيَدكِ، فطَلِّقي نفسَكِ)، أو (اختارِي فطَلِّقي نفسَكِ)، أو (ما يَحبِسُكِ أن تُطلِّقي نفسَكِ؟): لم يُصدَّق في تَركِ النِّيةِ، وحُلِّف على الثَّلاث مما يَحتمِلُه.

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ فطَلِّقي نفسَكِ)، أو (اختارِي فطَلِّقي نفسَكِ)، أو (ما يَحبِسُكِ أن تُطلِّقي نفسَكِ؟) أو (لِمَ[2] لا تُطلِّقي نفسَكِ؟): لا يُصدَّقُ إن قال: (ما نَويتُ)؛ لأن الكِنايةَ صارَت مُفسَّرةً بالصَّريح؛ حيث ذَكَر الصَّريحَ بحَرف الفاءِ، وإنه يَصلُحُ للتَّفسير.

وكذا قولُه: (ما يَحبِسُكِ أن تُطلِّقي نفسَكِ؟) يَدُلُّ على أنه أَراد به الطَّلاقَ، أي الطَّلاقُ بيَدكِ، فلِمَ لا تُطلِّقين نفسَكِ؟

ويُحلَّفُ أنه لم يَنوِ الثَّلاثَ فيما يَحتمِلُه، كالأَمر باليَد.

(اختارِي وطَلِّقي)، أو (أمرُكِ بيَدكِ وطَلِّقي)، فاختارَت: لا يَقَعُ، وبـ (طَلَّقتُ) تَقَعُ رَجعيَّةٌ.

ولو قال: (اختارِي وطَلِّقي[3] نفسَكِ)، أو قال: (أمرُكِ بيَدكِ وطَلِّقي نفسَكِ)، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي): لم يَقَع شيءٌ إن لم يَنوِ الزَّوجُ؛ لأنه ذَكَر الصَّريحَ بالواو، فلم يكن تَفسيرًا للمُبهَم؛ إذ العطفُ يَقتَضي الْمُغايَرةَ، والتَّفسيرُ مع الْمُفسَّرُ كشيءٍ واحِدٍ،

(١) في (ب): لم يتفرد.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) في (و): أو طلقي.

فصار تَفويضًا مُبتدأً.

وقولُها: (اختَرتُ) لا يَصلُحُ جَوابًا للصَّريح؛ لأن الصَّريحَ أدَلُّ على الْمُراد من الكِناية، فلا تَصلُحُ الكِنايةُ تَفسيرًا وجَوابًا للصَّريح، والْمُبهَمُ صار لغوًا؛ لعَدَم النِّيّةِ والتَّفسيرِ، فلا يَقَعُ شيءٌ.

حتى لو قالَت: (طَلَّقتُ نَفسي): يَقَعُ واحِدةٌ رَجعيّةٌ بالصَّريح[1].

(أمرُكِ بيَدكِ، فطَلِّقي نفسَكِ ثَلاثًا للسُّنّة)، أو (إذا جاء غدٌ): تُطلَّقُ ثَلاثًا في مَجلِسها، وفي (طَلِّقي) لَغا الأمرُ، وصحَّ غيرُه.

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ فطَلِّقي نفسَكِ ثَلاثًا للسُّنّة)، أو قال: (إذا جاء غدٌ): فلها أن تُطلِّقَ نفسَها ثَلاثًا في مَجلِسها، والسُّنّةُ أو الشَّرطُ لغوٌ منه؛ لأنه فَسَّر الْمُبهَمَ بالصَّريح والسُّنّةِ والتَّعليقِ، والأمرُ باليَد يَحتمِلُ الصَّريحَ، فصحَّ تَفسيرُه به، ولا يَحتمِلُ السُّنّةَ أو التَّعليقَ، حتى لو نَوى ذلك لا يَصِحُّ، فبَطَل، وبَقي قولُه: (أمرُكِ بيَدكِ فطَلِّقي نفسَكِ ثَلاثًا).

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ طَلِّقي نفسَكِ ثَلاثًا للسُّنّة)، أو (إذا جاء غدٌ)، ولم يَنوِ بالأَمر شيئًا: لَغا[2] الأمرُ، وصحَّ غيرُه؛ لأن قولَه: (طَلِّقي) لا يَصلُحُ تَفسيرًا له، ولم يَنوِ به شيئًا، فبَطَل، وبَقي قولُه: (طَلِّقي نفسَكِ ثَلاثًا للسُّنّة)، أو (إذا جاء غدٌ).. تَفويضًا مُبتدأً، فلها أن تُطلِّقَ نفسَها ثَلاثًا للسُّنّة أو[3] إذا جاء غدٌ.

(أمرُكِ بيَدكِ، واختارِي، فطَلِّقي نفسَكِ)، فاختارَت، أو (اختارِي، فاختارِي،

(١) في (ز) حاشية مصححة: لأنها أتت بما هو جواب.

(٢) في (ز): بطل.

(٣) سقطت من (هـ).

فطَلِّقي)، فاختارَت، أو (أمرُكِ بيَدِكِ، فأمرُكِ بيَدكِ، فطَلِّقي نفسَكِ)، أو (اختارِي، فطَلِّقي نفسَكِ، وأمرُكِ بيَدِكِ)، فاختارَت: تَقَعُ بائِنتان.

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ واختارِي فطَلِّقي[1])، فاختارَت نفسَها: يَقَعُ بائِنتان.

لأن الصَّريحَ صار تَفسيرًا للتَّفويضَين، وقولُها: (اختَرتُ) جَوابًا لهما، فيَقَعُ بائِنتان.

ويُحلَّفُ أنه لم يَنوِ الثَّلاثَ في الأَمر باليَد دونَ التَّخييرِ.

وإن قال: (اختارِي فاختارِي فطَلِّقي نفسَكِ)، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي): يَقَعُ بائِنتان؛ لأن الثّانيَ لا يَصلُحُ تَفسيرًا[2] للأَوَّل؛ لأن الشَّيءَ لا يُفسَّرُ بنَفسه، ولا يَصلُحُ عِلّةً أيضًا؛ لأن الشَّيءَ لا يَكونُ عِلّةَ نفسِه، فحُمِل على العَطف، فكانا تَفويضَين، وصار قولُه: (فطَلِّقي نفسَكِ) تَفسيرًا لهما، وقولُها: (اختَرتُ) صَلَح جَوابًا لهما، فيَقَعُ بائِنتان.

وكذا لو قال: (أمرُكِ بيَدكِ فأمرُكِ بيَدكِ، فطَلِّقي نفسَكِ)؛ لما بَيَّنّا.

وإن قال: (اختارِي فطَلِّقي نفسَكِ، وأمرُكِ بيَدِكِ)، فقالَت: (اختَرتُ): يَقَعُ بائِنتان؛ لأن الأَوَّلَ صار مُفسَّرًا بالصَّريح، والثّالثَ عُطِف على التَّفسير، وهو لا يَصلُحُ تَفسيرًا، فحُمِل على ابتِداء التَّفويضِ، وأنه ذُكِر عَقيبَ الطَّلاقِ، فتَعيَّن للطَّلاق، فكانا تَفويضَين، وقولُها: (اختَرتُ) صَلَح جَوابًا لهما.

(أمرُكِ بيَدكِ، فاختارِي، فطَلِّقي نفسَكِ)، فاختارَت، أو (اختارِي، فطَلِّقي، فأمرُكِ بيَدكِ)، أو وَسَّط الأمرَ، أو (أمرُكِ بيَدكِ، فاختارِي، واختارِي، وطَلِّقي)، أو (فطَلِّقي نفسَكِ)، فاختارَت.

---

(١) في (ب): وطلقي.

(٢) في حاشية (و): بيانًا. نسخة.

ولو قال: (أمرُكِ بيَدكِ فاختارِي فطلِّقي نفسك)، فاختارت نفسها: يقع واحدة بائنة.

لأن الأوَّل صار مُفسَّرًا بالثاني؛ لأن الاختيار صالح تفسيرًا للأمر باليد؛ لأن التخيير أقلُّ احتِمالًا من الأمر باليَد؛ إذ الأمرُ باليَد قد يكونُ في الاختيار وغيره، وقد يكونُ بثلاثٍ، وقد يكونُ بواحِدةٍ.

لكن لم يَزُل الإبهامُ بالكُلِّيَّة، فصار مُفسَّرًا بالصَّريح من كلِّ وجهٍ، فكأنه قال: (أمرُكِ بيَدكِ فطَلِّقي نفسَكِ)، والاختيارُ صَلَح جَوابًا له.

ويَقَعُ البائِنُ؛ لأن الواقِعَ بالْمُفسَّر لا بالتَّفسير.

ويُحلَّفُ أنه لم يَنوِ الثَّلاثَ؛ لأن الواقِعَ بالأمر باليَد.

وإن قال: (اختارِي فطَلِّقي نفسَكِ فأمرُكِ بيَدكِ)، فاختارَت: يَقَعُ واحدةٌ بائِنةٌ؛ لأن الأوَّلَ صار مُفسَّرًا بالصَّريح، والثَّالثُ لا يَصلُحُ تَفسيرًا، فحُمِل على العلَّة، أي: طلِّقي نفسَكِ لأن الأمرَ بيَدكِ.

وإن وَسَّط الأمرَ، بأن قال: (اختارِي فأمرُكِ بيَدكِ فطَلِّقي نفسَكِ)، فقالَت: (اخترتُ نَفسي): يَقَعُ واحِدةٌ بائِنةٌ؛ لأن الأوَّلَ بَطَل بتَرك النيَّة والتَّفسيرِ؛ إذ الأمرُ باليَد لا يَصلُحُ تَفسيرًا للاختِيار؛ لأن[1] الأعمَّ لا يَصلُحُ تَفسيرًا للأخَصِّ، فبَقِي الأمرُ باليَد مُفسَّرًا بالصَّريح، والاختيارُ صَلَح جَوابًا له.

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ فاختارِي واختارِي[2]، وطَلِّقي[3] نفسَكِ)، أو (طَلِّقي نفسَكِ)، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي): يَقَعُ واحِدةٌ بائِنةٌ.

---

(١) في (د): ولأن.

(٢) في (ب): فاختاري.

(٣) في (ب): فطلقي.

ولا يُصدَّقُ الزَّوجُ في تَركِ النِّيَّةِ؛ لأن الأمرَ باليَد صار مُفسَّرًا بالثّاني؛ إذ الاختِيارُ[1] صَلَح تَفسيرًا له؛ لما مرّ.

وكذا الثّالثُ صار تَفسيرًا للأوَّل بحُكم العطفِ على التَّفسير، لكن لم يَزُل الإبهامُ من كلِّ وجهٍ، فصار بالرّابع مُفسَّرًا من كلِّ وجهٍ.

وأمكَن حملُه على التَّفسير: لكَونه مَعطوفًا على التَّفسير.

أو (أمرُكِ بيَدكِ، فطَلِّقي نفسَكِ)، أو عكسُه.

أو (جَعَلتُ الخِيارَ بيَدكِ، فطَلِّقي نفسَكِ)، أو عكسُه.

أو (طَلِّقي نفسَكِ، فاختارِي)، فاختارَت.

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ فطَلِّقي نفسَكِ)، أو (طَلِّقي نفسَكِ فأمرُكِ بيَدكِ)، أو (جَعَلتُ الخِيارَ بيَدكِ فطَلِّقي نفسَكِ)، أو (طَلِّقي نفسَكِ فقد جَعَلتُ الخِيار بيَدكِ فطَلِّقي نفسَكِ)، فطَلَّقت نفسَها: فهي واحِدةٌ بائِنةٌ.

أما الأوَّلُ: فظاهِرٌ.

وكذا الثّاني؛ لأن قولَه: (فأمرُكِ بيَدكِ) لا يَصلُحُ تَفسيرًا للأوَّل؛ لأن قولَه: (طَلِّقي نفسَكِ) مُفسَّرٌ، فحُمِل على العِلّة؛ لأنه صَلَح عِلّةً، والعِلّةُ مُقدَّمةٌ حُكمًا وإن تأخَّرت ذِكرًا.

والثّالثُ كالأوَّل؛ لأن جعْلَ الاختِيارِ بيَدها كجَعْل الأمرِ بيَدها.

والرّابعُ كالثّاني.

وإن قال: (طَلِّقي نفسَكِ فاختارِي)، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي): يَقَعُ واحِدةٌ بائِنةٌ.

وإن قالَت: (طَلَّقتُ نَفسي): يَقَعُ بائِنتان.

---

(١) في (د): الإخبار.

لأن الأوَّلَ مُفسَّرٌ، والثَّاني لا يَصلُحُ تَفسيرًا وعِلّةً، فحُمِل على العَطف، وقد ذُكِر عَقيبَ الطَّلاقِ، فكانا تَفويضَين، لكنَّ قولَها: (اختَرتُ) صَلَح جَوابًا للثّاني لا غيرُ، وقولَها: (طَلَّقتُ) صَلَح جَوابًا لهما.

أو (أمرُكِ بيَدكِ، اختارِي اختارِي، فطَلِّقي نفسَكِ)، ولم يَنوِ، فاختارَت: تَقَعُ بائِنةٌ. (أمرُكِ بيَدكِ)، وسَكَتَ، ثم قال: (طَلِّقي نفسَكِ، ما يَحبِسُكِ أن تُطلِّقي؟)، ولم يَنوِ، فاختارَت.

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ اختارِي اختارِي فطَلِّقي نفسَكِ)، ولم يَنوِ شيئًا، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي): يَقَعُ واحِدةٌ بائِنةٌ بالتَّخيير الأخيرِ؛ لأن الأوَّلَ والثّانيَ بَطَلا؛ لعَدَم النِّيَةِ والتَّفسيرِ، والتَّخييرُ الأخيرُ صار مُفسَّرًا بالصَّريح، وقولُها: (اختَرتُ) صَلَح جَوابًا له، فيَقَعُ واحِدةٌ بائِنةٌ؛ لأن الواقِعَ بالْمُفسَّر لا بالتَّفسير.

ولو قال: (أمرُكِ بيَدكِ)، وسَكَت، ثم قال: (طَلِّقي نفسَكِ ما يَحبِسُكِ أن تُطلِّقي نفسَكِ)، ولم يَنوِ بالأمر شيئًا، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي): لا يَقَعُ[1]؛ لأن الأمرَ[2] قد بطَل، فبَقِي قولُه: (طَلِّقي نفسَكِ)، والاختِيارُ لا يَصلُحُ جَوابًا له، حتى لو قالَت: (طَلَّقتُ نَفسي) يَقَعُ واحِدةٌ رَجعيّةٌ.

أو (أمرُكِ بيَدكِ فاختارِي واختارِي)، أو (اختارِي فأمرُكِ بيَدكِ وأمرُكِ بيَدكِ)، أو (أمرُكِ بيَدكِ اختارِي فاختارِي)، أو (اختارِي فاختارِي)، أو (اختارِي أمرُكِ بيَدكِ فأمرُكِ بيَدكِ)، أو (أمرُكِ بيَدكِ اختارِي واختارِي)، ولم يَنوِ: لَغا.

(١) في حاشية (ب) زيادة: شيء.

(٢) في (هـ): باليد.

وإن قال: (أمرُكِ بيَدكِ فاختارِي واختارِي)، أو قال: (اختارِي فأمرُكِ بيَدكِ وأمرُكِ[1] بيَدكِ)، أو قال: (أمرُكِ بيَدكِ اختارِي فاختارِي)، أو قال: (اختارِي أمرُكِ بيَدكِ فأمرُكِ بيَدكِ)، أو قال: (أمرُكِ بيَدكِ اختارِي واختارِي[2])، ولم يَنوِ شيئًا: لا يَقَعُ في الوُجوه كلِّها؛ لأن التَّفويضاتِ مُبهمةٌ، ومع الإبهامِ لا يَقَعُ شيءٌ.

(جَعَلتُ أمرَكِ بيَدكِ فأمرُكِ بيَدكِ)، فاختارَت: تَقَعُ بائِنةٌ بالنِّيَّة أو القَرينةِ[3]، وبالواو تُعدَّد.

ولو قال: (جَعَلتُ أمرَكِ بيَدكِ فأمرُكِ بيَدكِ)، فاختارَت نفسَها: يَقَعُ واحِدةٌ بائِنةٌ بالنِّيَّة أو بالقَرينة، بأن يَكونَ في حال ذِكرِ الطَّلاقِ؛ لأن الأوَّلَ جَعْلُ الأمرِ بيَدها، والثَّاني خبرٌ عن الأوَّل، كأنه قال: (جَعَلتُ أمرَكِ بيَدكِ، فصار الأمرُ بيَدكِ)، فكان تَفويضًا واحِدًا.

فإن نَوى الثَّلاثَ تَكونُ ثَلاثًا.

ولو قال: (جَعَلتُ أمرَكِ بيَدكِ وأمرُكِ بيَدكِ)، فاختارَت نفسَها: يَقَعُ بائِنتان؛ لأن الثَّانيَ ذُكِر بواو العطفِ، فكان غيرَ الأوَّلِ، فصارا تَفويضَين، فإذا قالَت: (اختَرتُ) يَقَعُ بائِنتان.

(جَعَلتُكِ طالِقًا[4] فأنتِ طالِقٌ)، أو (طَلَّقتُها فهي طالِقٌ)، واحِدةٌ رَجعيَّةٌ، وبالواو تُعدَّد.

---

(١) في (ج): أو أمرك.

(٢) في (ب): فاختاري.

(٣) القرينة في اللغة: فعيلة بمعنى المفاعلة، مأخوذ من المقارنة، وفي الاصطلاح: أمر يشير إلى المطلوب. والقرينة: إما حالية، أو معنوية، أو لفظية، نحو: ضرب موسى عيسى، وضَرَب مَن في الغار مَن على السطح، فإن الإعراب منتفٍ فيه، بخلاف: ضَرَبت موسى حُبلى، وأكل موسى الكُمَّثرى، فإن في الأول قرينةً لفظيةً، وفي الثانية قرينةً حاليةً. «التعريفات» ص١٧٤.

(٤) في (م) و(ع): طلاقًا.

ولو قال: (جَعَلتُكِ طالِقًا فأنتِ طالِقٌ)، أو (طَلَّقتُها فهي[1] طالِقٌ): يَقَعُ واحِدةٌ رَجعيّةٌ؛ لأن الثّاني ذُكِر بالفاء، فصار خبرًا وتفسيرًا للأوّل، كأنه قال: (طَلَّقتُكِ فصِرتِ طالِقًا بذلك الطَّلاقِ).

حتى لو قال: (طَلَّقتُ امرَأتي وهي طالِقٌ): يَقَعُ ثِنتان؛ لأن الثّانيَ ذُكِر بواو العطفِ، فكان غيرَ الأوَّلِ.

(طَلِّقي نفسَكِ طَلاقًا رَجعيًّا، فقد جَعَلتُ أمرَكِ بيَدكِ في ثَلاث تَطليقاتٍ بَوائِنَ)، فاختارَت، أو طَلَّقَت: تَقَعُ الثَّلاثُ.

ولو قال: (طَلِّقي نفسَكِ طَلاقًا أملِكُ الرَّجعةَ فقد جَعَلتُ أمرَكِ بيَدكِ في ثَلاث تَطليقاتٍ بوائِنَ)، فاختارَت نفسَها، أو طَلَّقَت: يَقَعُ الثَّلاثُ؛ لأن الأوَّلَ صار لغوًا؛ لأنه لطَلَبِ الإتيانِ بما فُوِّض إليها، والْمُفوَّضُ إليها بائِنٌ، وطلَبُ الرَّجعيِّ من الْمُفوَّض إليها البائِنُ مُستحيلٌ، فبَقي تَفويضُ الثَّلاثِ.

---

(١) في (ب): فمني.

فَصْلٌ فِي الْمَشِيئَةِ

(طَلِّقي نفسَكِ)، ولم يَنوِ، أو نَوى واحِدةً، فطَلَّقَت: وَقَعت رَجعيّةٌ، وإن طَلَّقَت ثَلاثًا، ونَواه: وَقَعْنَ.

ومَن قال لامرَأته: (طَلِّقي نفسَكِ)، ولا نِيّةَ له، أو نَوى واحِدةً، فقالَت: (طَلَّقتُ نَفسي): يَقَعُ واحِدةٌ رَجعيّةٌ.

وإن طَلَّقت نفسَها ثَلاثًا، وقد أَراد الزَّوجُ ذلك: وَقَعْنَ عليها.

لأن قولَه: (طَلِّقي) مُختصَرٌ من قَوله: (افعَلي فِعلَ الطَّلاقِ[1])، والْمُختصَرُ من الكَلام كالْمُطوَّل، وقد صَحَّت نِيّةُ الثَّلاثِ في الْمُطوَّل، فكذا في الْمُختصَر.

وهذا بخِلاف قولِه: (طَلَّقتُكِ)؛ لأنه وإن دَلَّ على الْمَصدَر.. لكنه في الأَصل إخبارٌ عن طَلاقٍ سابِقٍ، فيَقتَضي طَلاقًا؛ تَصحيحًا لإِخباره.

والثّابتُ اقتِضاءً ثابتٌ بطَريق الضَّرورةِ، وما ثَبَت ضَرورةً لا يَعدو مَوضِعَها، والضَّرورةُ تَندفِعُ بطَلاقٍ واحِدٍ، فلا يَثبُتُ الزّائدُ، كما مرَّ في قَوله: (أنتِ طالِقٌ).

وأما قولُه: (طَلِّقي نفسَكِ): فأمرٌ بالتَّطليق وضعًا لا ضَرورةً، فيَحتمِلُ العُموم؛ لأنه اسمُ جِنسٍ، واسمُ الجِنسِ يَقَعُ على الأَدنى، ويَحتمِلُ الكلَّ، حتى إذا نَوى الكلَّ صحّ، كما لو حَلَف أن لا يَشرَبَ الماءَ.

---

(١) في (ب) و(د): التطليق.

وتكونُ الواحِدةُ رَجعيّةً؛ لأنه فَوَّض إليها الصَّريحَ.

ولا تَصِحُّ نِيّةُ الثِّنتَين[1]؛ لأن ذلك نِيّةُ العدَدِ، واللَّفظُ لا يَتعرَّضُ للعَدَد بحالٍ، حتى لو كانَت الْمَنكوحةُ أمةً تَصِحُّ نِيّةُ الثِّنتَين؛ لأن ذا[2] جِنسُ طَلاقِها.

وطَلُقت بـ (أبَنْتُ نَفسي)، لا بـ (اختَرتُ).

وإن قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ)، فقالَت: (أبَنْتُ نَفسي): طَلُقت.

ولو قالَت: (اختَرتُ): لم تَطلُق؛ لأن الإبانةَ من ألفاظ الطَّلاقِ وضعًا؛ لأنها للقَطعِ، وحُكمًا، حتى لو قال لها: (أبَنْتُكِ) يَنوي الطَّلاقَ، أو قالَت: (أبَنْتُ نَفسي)، فقال الزَّوجُ: (أجَزتُ ذلك): بانَت، فكانت مُوافِقةً للتَّفويض في الأَصل.

لأنه فَوَّض إليها طَلاقًا تَبينُ به في الثّاني من الزَّمان، فإذا قالَت: (أبَنْتُ) فقد أتَت به وزادَت وصفًا، وهو تَعجُّلُ الإبانةِ، فلم تَمنَعِ الْمُوافَقةُ في الأَصل، فيَثبُتُ الأصلُ.

ويَنبَغي أن تَقَعَ تَطليقةٌ رَجعيّةٌ.

أما الاختِيارُ: فليس من ألفاظ الطَّلاقِ وضعًا[3] وحُكمًا، حتى لو قال لها: (اختَرتُكِ) أو (اختارِي).. يَنوي الطَّلاقَ: لم يَقَع الطَّلاقُ.

ولو قالَت ابتِداءً: (اختَرتُ نَفسي)، فقال الزَّوجُ: (قد أجَزتُ): لا يَقَعُ شيءٌ.

وإنما عُرِف طَلاقًا بإجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنهُم إذا كان جَوابًا للتَّخيير على خِلاف القِياسِ[4]، فيُقتَصرُ على مَورِد الشَّرعِ، فإذا وُجِد عَقيبَ التَّخييرِ كان جَوابًا، وإلا لا.

---

(١) في (ب): الشيئين.

(٢) في (ب): ذاك.

(٣) في (هـ): وصفًا.

(٤) تقدم تخريجه.

وقولُه: (طَلِّقي) ليس بتَخييرٍ، فيَلغو.

وعن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنها لا يَقَعُ بقَولِها: (أبَنْتُ) شيءٌ؛ لأنها أتت بغَير ما فُوِّض إليها؛ إذ الْمُفوَّضُ إليها الطَّلاقُ، والإبانةُ تُخالِفُه حَقيقةً وحُكمًا، فكان هذا منها إعراضًا حَقيقةً[1]، فلا يَقَعُ شيءٌ.

وخَرَج الأمرُ من يَدها؛ لاشتِغالها بما لا يَعنيها.

ولا يَملِكُ الرُّجوعَ.

وإن قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ): فليس له أن يَرجِعَ عنه؛ لأن فيه مَعنى اليَمينِ؛ إذ هو تَعليقُ الطَّلاقِ بتَطليقها، والطَّلاقُ مما يُحلَفُ به، فكان يَمينًا، واليَمينُ تَصرُّفٌ لازِمٌ لا يَصِحُّ الرُّجوعُ عنها.

ولو قامَت عن مَجلِسها بَطَل؛ لكَونه تَمليكًا.

بخِلاف ما لو قال لها: (طَلِّقي ضَرَّتَكِ)؛ لأنه تَوكيلٌ وإنابةٌ[2]، فلا يَقتصِرُ على الْمَجلِس؛ وهذا لأنه أمرٌ بإيقاع الطَّلاقِ، والأمرُ لا يَقتَضي الائتِمارَ على الفَور؛ اعتِبارًا بأوامِر الشَّرعِ وبسائِر الوَكالاتِ.

ويَقبَلُ الرُّجوعَ؛ لئلا يَعودَ على مَوضوعه بالنَّقض؛ وهذا لأنه إنما استَعان بغَيره في حاجَته ليَكونَ التَّصرُّفُ له لا عليه، فلو ألزَمناه -وربما تَزولُ حاجَتُه- لصار التَّصرُّفُ عليه، فيَتضرَّرُ به.

وتَقيَّد بمَجلِسها، إلا إذا قالَ: (متى شِئتِ).

---

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) في (هـ): وإبانة.

ولو قال: (طَلِّقي نفسَكِ متى شِئتِ): فلها أن تُطلِّقَ نفسَها في الْمَجلِس وبعدَه؛ لأن (متى) تَعُمُّ الأوقاتَ، فصار كما إذا قال: (في أيِّ وقتٍ شِئتِ).

(طَلِّق امرأتي): يُطلِّقُها في الْمَجلِس وبعدَه، ولو قال: (إن شِئتَ) تَقيَّد به.

وإن قال لرَجُلٍ: (طَلِّق امرأتي): فله أن يُطلِّقَها في الْمَجلِس وبعدَه؛ لأنه تَوكيلٌ، فلا يَلزَمُ.

ولا يَقتصِرُ على الْمَجلِس؛ لأنه لو اقتَصَر عليه وربما لا يَقدِرُ على الفِعل في الْمَجلِس.. فلا يَحصُلُ الغرَضُ[1].

ويَقبَلُ الرُّجوعَ؛ لأنه يَعمَلُ للمُوكِّل، وفي لُحوق الْمِنّةِ[2] ضرَرٌ، فله أن يَرجِعَ.

بخِلاف ما لو قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ)؛ لأنها عامِلةٌ لنَفسها في رَفع قيدِ النِّكاحِ، كمن يَرفَعُ القيدَ الحَقيقيَّ عن رِجله[3] يَكونُ عامِلًا لنَفسه، والوَكيلُ من يَعمَلُ لغَيره، فكان تَمليكًا لا تَوكيلًا.

وإن قال لرَجُلٍ: (طَلِّقها إن شِئتَ): فله أن يُطلِّقَها في الْمَجلِس خاصّةً، وليس للزَّوج أن يَرجِعَ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنه تَوكيلٌ كالأوَّل؛ لأنه عامِلٌ لغَيره، وبذِكر الْمَشيئةِ[4] لا يَصيرُ مالِكًا؛ لأنه يَتصرَّفُ عن مَشيئةٍ، ذَكَرها أوْ لا، فصار كالوَكيل بالبَيع إذا قِيل له: (بِعْه إن شِئتَ).

---

(١) في (هـ): العوض.

(٢) في (ب) و(هـ): المييه.

(٣) كذا في (هـ)، وفي (ب) و(د): رحل، وفي الباقي: رحله. وانظر «التبيين» ٢/ ٢٢٦.

(٤) في (ب): الميِّة.

ولنا: أن الْمَأمورَ بالتَّطليق صَلَح وَكيلًا ومالِكًا؛ لأن الوَكيلَ من يَعمَلُ لغَيره برَأي غيرِه، والمالِكُ مَن يَتصرَّفُ لنفسه أو لغَيره برَأي نفسِه ومَشيئتِه، فمتى قال: (طَلِّق امرَأتي) يَكونُ نائبًا، والإنابات[1] لا تَقتصِرُ على الْمَجلِس؛ لعَدَم جَرَيانِ التَّضييقِ فيها عادةً.

ومتى قال: (طَلِّق امرَأتي إن شِئتَ) يَكونُ مالِكًا؛ لأنه فَوَّض الأمرَ إلى رَأيه ومَشيئتِه، وهذه أمارةُ الْمُلّاكِ، فيَقتصِرُ على الْمَجلِس.

بخِلاف البيعِ؛ لأنه لا يَحتمِلُ التَّعليقَ بالشَّرط، وبهذا الوصفِ يَصيرُ لازِمًا، فَلغت جِهةُ اليَمينِ، وبَقِيَت العِبرةُ للأمر الْمُطلَقِ.

ولأن الوَكيلَ ثَمَّ أصيلٌ في نَفس التَّصرُّفِ، حتى لا يَحنَثُ الْمُوكِّلُ ببَيعه، فكان مالِكًا، ولا يَلزَمُ من كَونه مالِكًا اقتِصارُ تَصرُّفِه على الْمَجلِس.

وقولُه: (إنه يَتصرَّفُ عن مَشيئةٍ) غيرُ صَحيحٍ؛ لأنّا نَحتاجُ إلى تَمليك مِلكٍ ثابتٍ بالزَّوج، وذا بمَشيئةٍ يُوجِبُها؛ وهذا لأن ذلك الاختِيارَ لعَدَم نَفاذِ إلزامِ الأمرِ عليه: لعَدَم وِلايةِ الآمرِ لا لصِيغة الكَلامِ؛ فإن الصِّيغةَ تَلزَمُه لو كانَت عن ذِي وِلايةٍ.

وإذا قال: (إن شِئتِ) فالاختِيارُ بحُكم[2] الصِّيغةِ، وكلامُنا في بَيان صِيغةِ الألفاظِ، لا فيما يَمتنِعُ من النَّفاذ بحُكم عدَمِ الوِلايةِ، أو بدَليلٍ آخرَ؛ ألا تَرى أن اللهَ تَعالى لو قال: (اعمَلوا كذا إن شِئتُم) لم يكن إلزامًا، ويَكونُ تَمليكًا.

(طَلِّقي ثَلاثًا)، فطَلَّقَت واحِدةً: وَقَعت، وفي عَكسه، و(طَلِّقي ثَلاثًا إن شِئتِ)، فطَلَّقَت واحِدةً، وعكسِه: لا.

---

(١) في (هـ): بائنًا والإبانات.

(٢) في (هـ): كحكم.

وإن قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ ثَلاثًا)، فطَلَّقت نفسَها واحِدةً: تَقَعُ واحِدةٌ؛ لأنها مَلَكت إيقاعَ الثَّلاث، فتَملِكُ إيقاعَ الواحِدةِ ضَرورةً؛ لأن مالِكَ الكلِّ مالِكٌ لكلِّ أجزائِها.

ولو قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ واحِدةً)، فطَلَّقت نفسَها ثَلاثًا: لم يَقَع شيءٌ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: تَقَعُ واحِدةٌ؛ لأنها أتَت بما ملكَتْه وزِيادةٍ، فيَقَعُ ما ملكَتْه، وتَلغو الزِّيادةُ، كما لو طَلَّقها الزَّوجُ ألفًا.

وله: أنها لم تَأتِ بما أُمِرت به، فصارَت مُبتدِئةً[1]؛ وهذا لأن الزَّوجَ فَوَّض إليها الواحِدةَ، ولم تَأتِ بالواحِدة؛ لأن الثَّلاثَ غيرُ الواحِدةِ؛ لوُجود التَّركُّبِ فيه دونَها، فكانَت بينَهما مُغايَرةٌ على سَبيل الْمُضادّةِ، فكانت مُخالِفةً مُبتدِئةً[2].

ولم تَثبُت الواحِدةُ من الثَّلاث أيضًا؛ لأنها قائِمةٌ بهذه الجُملةِ، ولم تَثبُت الجُملةُ، فكيف يَثبُتُ ما يَقومُ بها؟ لأن الْمُتضمِّنَ متى لم يَثبُت لم يَثبُت ما في ضِمنه.

كمن شَهِد على آخرَ أنه قال لامرَأته: (أنتِ خَلِيّةٌ)، وشَهِد آخرُ أنه قال: (أنتِ بَرِيّةٌ)، وذلك في حال مُذاكَرةِ الطَّلاقِ: فإنه لم يُقضَ بشيءٍ؛ لأن الْمُتضمِّنَ لم يَثبُت، فبَطَل طلَبُ مُوافَقةِ ما في الضِّمن، فكذا هنا.

بخِلاف الزَّوجِ؛ لأنه يَتكلَّمُ بالطَّلاق عن مِلكٍ لا عن أمرٍ، وهو من حيث إنه مالِكٌ للطَّلاق يَملِكُ ما شاء من العَدَد، إلا أنه لا يَنفُذُ إلا بقَدْر المحَلِّ؛ فإن المحَلَّ شرطُ النَّفاذِ لا شرطُ الإيجابِ.

---

(١) في (د) و(ز): مبتدأة.

(٢) في (ز): مبتدأة.

وإذا كان كذلك صحَّ إيجابُ الألفِ، فيَثبُتُ ما في ضِمنها من الثَّلاث أيضًا، ونَفَذ بقَدْر المحَلِّ.

فأما الْمَرأةُ وإن صارَت مالِكةً.. لكنها مُفوَّضٌ إليها، والْمُفوَّضُ إليه يتصرف بحَسَب ما فُوِّض إليه ، فإذا خالَفت[1] الأمرَ لم يَصِحَّ إيجابُ الثَّلاثِ جُملةً، فلا تَثبُتُ الواحِدةُ التي في ضِمنها.

بخِلاف ما إذا قال: (طَلِّقي نفسَكِ ثَلاثًا)، فطَلَّقت نفسَها واحِدةً؛ لأن الثَّلاثَ صار مَملوكًا لها[2]، وهذا التَّمليكُ صحَّ من الزَّوج، فقد أجابَت بما في ضِمن كَلامِه، فصحّ.

وهنا ما أجابَت بما في ضِمن كَلامِه، وإنما أجابَت بما في ضِمن كَلامِها، وهي مُبتدِئةٌ[3] في الْمُتضمِّن، فلا تَصلُحُ أن تكونَ مُجيبةً بما في الضِّمن.

وإن قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ ثلاثًا إن شِئتِ)، فطَلَّقت نفسَها واحِدةً: لم يَقَع شيءٌ؛ لأن مَعناه: (إن شِئتِ الثَّلاثَ)؛ لأن هذا اللَّفظَ لا يُفهَمُ مَعناه إلا أن يُجعَلَ بِناءً على ما سَبَق، فإذا جَعَلناه بِناءً على ما سَبَق تَبيَّن أن الشَّرطَ مَشيئَتُها الثَّلاثَ، ومَشيئةُ الواحِدةِ لا تَكونُ مَشيئةَ الثَّلاثِ، فلم يُوجَد الشَّرطُ، فلا يَقَعُ شيءٌ؛ لأن أجزاءَ الْمَشروطِ لا تَتوزَّعُ على أَجزاء الشَّرطِ.

ولو قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ واحِدةً إن شِئتِ)، فطَلَّقت نفسَها ثَلاثًا: لم يَقَع شيءٌ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن مَشيئةَ الثَّلاثِ ليست مَشيئةً للواحِدة؛ اعتِبارًا بالإيقاع.

وعندَهما: تَقَعُ واحِدةٌ؛ لأن مَشيئةَ الثَّلاثِ مَشيئةٌ للواحِدة، كما أن إيقاعَ الثَّلاثِ

---

(١) في (ز): خالف.

(٢) في (ب): له.

(٣) في (ز): مبتدأة.

إيقاعٌ للواحِدة، فوُجِد الشَّرطُ.

أمَرَها بالبائِنِ أو الرَّجعيِّ، فعَكَست: وَقَع ما أمَر به.

وإن أمَرها بطَلاقٍ يَملِكُ الرَّجعةَ، فطَلَّقت بائِنةً، أو أمَرها بالبائِنِ، فطَلَّقت رَجعيَّةً: وَقَع ما أمَر به الزَّوجُ.

فمَعنى الأوَّلِ: أن يَقولَ: (طَلِّقي نفسَكِ واحِدةً أملِكُ الرَّجعةَ)، فقالَت: (طَلَّقتُ نَفسي واحِدةً بائِنةً)، فتَقَعُ رَجعيَّةً؛ لأنها أتَت بالأَصل وزِيادةِ وصفٍ، فيَلغو الوصفُ؛ للمُخالَفة، ويَبقى الأصلُ؛ للمُوافقة.

ومَعنى الثّاني: أن يَقولَ: (طَلِّقي نفسَكِ واحِدةً بائِنةً)، فتَقولَ: (طَلَّقتُ نَفسي واحِدةً رَجعيَّةً)، فتَقَعُ بائِنةً؛ لأن قولَها: (رَجعيَّةً) لغوٌ منها؛ لكَونها مُخالِفةً له فيها، فكأنها اقتَصَرت على قَولها: (طَلَّقتُ نَفسي واحِدةً[1]).

فيَقَعُ بالصِّفةَ التي عَيَّنها زوجُها؛ لأنه عَيَّن صِفةَ الْمُفوَّضِ إليها، فحاجتُها بعدَه إلى إيقاعِ الأصلِ دونَ تَعيينِ الوصفِ.

(أنتِ طالِقٌ إن شِئتِ)، فقالَت: (شِئتُ إن شِئتَ)، فقال: (شِئتُ) يَنوي الطَّلاقَ، أو قالَت[2]: (شِئتُ إن كان كذا) لِمَعدومٍ: بَطَل، وإن كان لشيءٍ مَضى طَلُقت.

ولو قال لها: (أنتِ طالِقٌ إن شِئتِ)، فقالَت: (شِئتُ إن شِئتَ)، فقال: (شِئتُ) يَنوي الطَّلاقَ: بَطَل الأمرُ؛ لأنه فَوَّض إليها الْمَشيئةَ الْمُنجَّزةَ، وهي أتَت بالْمُعلَّقة، فكانَت مُخالِفةً، وقد اشتَغَلت بما لا يَعنيها، فخَرَج الأمرُ من يَدها.

---

(١) في (د): واحدة بائنة.

(٢) في (م): قال.

وإن نَوى الطَّلاقَ بقَوله: (شِئتُ) لا يَقَعُ؛ لأن لفظَ الطَّلاقِ لم يُوجَد ولا تَسميةُ المَرأةِ، ولا عِبرةَ بمُجرَّد النِّيَّةِ.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يَقَعَ؛ لأنه مَسبوقٌ بذِكر الطَّلاقِ، فصار كأنه قال: (شِئتُ طَلاقَكِ)، فيَقَعُ.

قُلنا: الكَلامُ الْمُبهَمُ إنما يُبنى على ما سَبَق إذا اعتُبِر السّابقُ، والسّابقُ هنا غيرُ مُعتبَرٍ؛ لاشتِغالها بما لا يَعنيها.

ولو قال: (شِئتُ طَلاقَكِ)، ونَوى الإيقاعَ: وَقَع؛ لأنه إيقاعٌ مُبتدأٌ؛ لأن الْمَشيئةَ تُنبِئُ عن الوُجود.

فمَعنى قولِه: (شِئتُ ذاك): حَصَّلتُه، وتَحصيلُ الطَّلاقِ بإيقاعه، إلا أنه لا بُدَّ من النِّيَّة؛ لأنه قد يَقصِدُ وُجودَه وُقوعًا، وقد يَقصِدُ وُجودَه مِلكًا، فلا يَقَعُ الطَّلاقُ بالشَّكّ.

بخِلاف قولِه: (أَرَدتُ طَلاقَكِ)؛ لأن الإرادةَ لُغةً عِبارةٌ عن الطَّلَب، قال عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الحُمّى رائِدُ الموتِ»(١)، أي طالِبُه(٢)، وفي الْمَثَل السّائرِ: لا يَكذِبُ الرّائدُ أهلَه، أي: طالِبُ الكلأِ.

وليس من ضَرورة الطَّلَبِ الوُجودُ.

فإن قِيل: أليس أن الإرادةَ والْمَشيئةَ سِيّانِ عندَ أهلِ السُّنّةِ.

قُلنا: جاز أن يَكونَ بينَهما تَفرِقةٌ نظَرًا إلينا، وتَسوِيةٌ نظَرًا إلى ربِّنا؛ لأن ما شاءه أو

---

(١) رواه ابن أبي الدنيا في «إصلاح المال» (٣٤٩)، عن أنس مرفوعًا.

ورواه عن الحسن مرسلًا: ابن أبي الدنيا في «المرض والكفارات» (٧٣)، والبيهقي في «الشعب» (٩٤٠٤)، والقضاعي في «الشهاب» (٥٨)، وأبو نعيم في «الطب النبوي» (٥٨١).

(٢) في (هـ): طالعه.

طَلَبه يَكونُ لا مَحالةَ، بخِلاف العِبادِ.

وكذا لو قالَت: (شِئتُ إن شاء أبِي)، أو (شِئتُ إن كان كذا)، لأمرٍ لم يَجِئ بعدُ: فهو باطِلٌ، ولا تَطلُقُ؛ لأن الْمَأتِيَّ به مَشيئةٌ مُعلَّقةٌ، وهي مَأمورةٌ بالتَّنجيز، فكان اشتِغالًا بما لا يَعنيها، فبَطَل الأمرُ.

وإن قالَت: (شِئتُ إن كان كذا)، لأمرٍ ماضٍ: طَلُقت؛ لأن التَّعليقَ بشيءٍ كائِنٍ تَنجيزٌ وتَحقيقٌ.

وهذا لأنه إذا عُلِّق بالْمَعدوم يَتأخَّرُ ثُبوتُ الحُكمِ إلى وُجود الْمُعلَّقِ به، ويَتنجَّزُ إذا وُجِد الْمُعلَّقُ به، ويَرتفِعُ التَّعليقُ، فاعتِراضُ الوُجودِ متى رَفَع التَّعليقَ الثّابتَ باقترانه[1].. لَأَن يَمنعَه أَولى؛ إذ المنعُ من الثُّبوت أسهَلُ من الرَّفع بعدَ الثُّبوتِ.

وإذا كان تَنجيزًا صار[2] كما لو قالَت: (شِئتُ) وسَكَتت، وثَمَّ[3] تَطلُقُ، كذا هنا.

واعتُبِر هذا بجانِب الزَّوجِ، فإنه يَكونُ منه تَنجيزًا لا تَعليقًا.

فإن قِيل: لو كان التَّعليقُ بشيءٍ كائِنٍ تَنجيزًا لكان تَنجيزًا في قَوله: (هو يَهوديٌّ إن كان فَعَل كذا أمسِ)، وهو يَعلَمُ أنه فَعَله، وحينَئذٍ يَجِبُ تكفيرُه، ولم يَجِب.

قُلنا: قد اختلَفَ الْمَشايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ في هذه الْمَسألةِ، فنَمنَعُ، وبعدَ التَّسليمِ فهذا اللَّفظُ صار كِنايةً عن اليَمين بالله تَعالى إذا حَصَل التَّعليقُ بفِعلٍ في الْمُستقبَل، فكذا إذا حَصَل التَّعليقُ بفِعلٍ في الماضِي؛ تَفادِيًا عن تكفير الْمُسلِمِ.

---

(١) كذا في (ج)، وفي (هـ): بافتراقه، وفي الباقي: فاقترانه.

(٢) في (ب): جاز.

(٣) في (د): ولم.

(أنتِ طالِقٌ متى شِئتِ)، أو (متى ما)، أو (إذا شِئتِ)، أو (إذا ما)، فرَدَّت الأمرَ: لا يَرتَدُّ، ولا يَتقيَّدُ بالْمَجلِس، ولا تُطَلِّقُ إلا واحِدةً.

ولو قال لها: (أنتِ طالِقٌ متى شِئتِ)، أو (متى ما شِئتِ)، أو (إذا شِئتِ)، أو (إذا ما شِئتِ) فلها أن تَشاءَ فِي الْمَجلِس، وبعدَ القِيامِ عن الْمَجلِس؛ لأن (متى) و(متى ما) تَعُمّان فِي الأوقات كلِّها، فلا يُقتصَرُ على الْمَجلِس.

ولو رَدَّت لم يكن ردًّا، أي لو قالَت: (لا أشاءُ) كان لها أن تَشاءَ بعدَه؛ لأنه مَلَّكَها الطَّلاقَ فِي الوَقت الذي شاءَت[1]؛ لأنه أضاف الطَّلاقَ إلى زَمانٍ تَتحقَّقُ فيه الْمَشيئةُ، ولم يُوجَد ذلك الزَّمانُ؛ لأن وُجودَه بوُجود الْمَشيئةِ فيه، فكان الرَّدُّ منها قبلَ صَيرورةِ الأمرِ بيَدها، فلا يَصِحُّ.

ولا تُطَلِّقُ نفسَها إلا واحِدةً؛ لأنها تَعُمُّ الأزمانَ دونَ الأفعالِ، فتَملِكُ التَّطليقَ في أيِّ زَمانٍ شاءَت، ولا تَملِكُ تَطليقًا بعدَ تَطليقٍ.

و(إذا) و(إذا ما) كـ (متى[2]) عندَهما.

وعندَه: إن[3] كان يُستعمَلُ للشَّرط والوقتِ، لكنَّ الأمرَ صار بيَدها، فلا يَخرُجُ من يَدها بالقِيام عن الْمَجلِس بالشَّكّ.

فإن قِيل: وَجَب أن يُحمَلَ على الشَّرط هنا تَصحيحًا للرَّدّ.

قُلنا: إنما يُحمَلُ على الشَّرط إذا صَدَر الرَّدُّ ممن صَدَر منه التَّعليقُ؛ لأن إرادةَ الشَّرطِ تَختَصُّ بمن كان التَّعليقُ مُختصًّا به، دونَ من كان الرَّدُّ مُختصًّا به، فلا يُحمَلُ

---

(١) في (د): شاء.

(٢) في (هـ): كمتى ما.

(٣) كذا في الأصول، ولعل الأنسب كونها بالواو، أي: وإن، كما هي عبارة «الهداية» ١/ ٢٤٢ وغيرها.

على الشَّرط: تَصحيحًا للرَّدّ.

وفي (كُلَّما شِئتِ) لها أن تُفرِّقَ الثَّلاثَ، ولا تَجمَعُ، ولو طَلَّقت بعدَ زوجٍ آخرَ لا يَقَعُ[س م].

ولو قال لها: (أنتِ طالِقٌ كلَّما شِئتِ): فلها أن تُطلِّقَ نفسَها واحِدةً بعدَ واحِدةٍ حتى تُطلِّقَ ثَلاثًا؛ لأن (كُلَّما) تَعُمُّ الأفعالَ والأزمانَ.

فإن قامَت عن الْمَجلِس بَطَل في ذلك الْمَجلِسِ، ولها مَشيئةٌ أُخرى، إلا أن التَّعليقَ يَنصرِفُ إلى الْمِلك القائِمِ دونَ الْمُستحدَثِ.

حتى لو طَلَّقت ثَلاثًا، وتَزوَّجت بآخرَ، وعادَت إليه، فطَلَّقت نفسَها: لم تَطلُق؛ لأن تَعليقَ الطَّلاقِ إنما يَصِحُّ في هذا الْمِلك، لا في مِلكٍ سيَحدُثُ[1].

فإن شاءَت الثَّلاثَ جُملةً لم يَصِحَّ؛ لأنه إنما فَوَّض إليها الواحِدةَ في كلِّ مَشيئةٍ؛ لأنها تُوجِبُ عُمومَ الانفِرادِ لا عُمومَ الاجتِماعِ، فلا تَملِكُ الإيقاعَ جُملةً.

فإذا شاءَت الثَّلاثَ لم يَقَع شيءٌ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ووَقَعت واحِدةٌ عندَهما.

وفي (حيث شئتِ) أو (أين شِئت): لم تَطلُق حتى تَشاءَ في مَجلِسها.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ حيث شِئتِ)، أو (أين شِئتِ): لم تَطلُق حتى تَشاءَ الطَّلاقَ.

فإن قامَت من مَجلِسها قبلَ أن تَشاءَ: فلا مَشيئةَ لها.

لأن (حيث) و(أين) من أَسماء الْمَكانِ، فكان هذا إيقاعَ الطَّلاقِ في مَكانٍ تَتحقَّقُ فيه مَشيئتُها، ولا اتِّصالَ للطَّلاق بالْمَكان، فيَلغو ذِكرُه، ويَبقى ذِكرُ الْمَشيئةِ في الطَّلاق، فيُقتصَرُ على الْمَجلِس.

---

(١) في (ب) و(هـ): مستحدث.

بخِلاف قولِه: (متى شِئتِ)؛ لأن للطَّلاق اتِّصالًا بالزَّمان، حتى يَقعُ في زَمانٍ دونَ زَمانٍ، فوَجَب اعتِبارُ الزَّمانِ خُصوصًا، كما في قَوله: (أنتِ طالِقٌ إن شِئتِ[1])، وعُمومًا، كما في قَوله: (أنتِ طالِقٌ متى شِئتِ).

فإن قِيل: لَمّا لَغا ذِكرُ الْمَكانِ بَقِي قولُه: (أنتِ طالِقٌ شِئتِ)، فيَنبَغي أن يَقعَ في الحال، كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ دَخَلْتِ[2] الدّارَ).

قُلنا: نَحمِلُهما على الشَّرط؛ لتآخٍ بينَ الظَّرفِ والشَّرطِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منها يُفيدُ ضربًا من التَّأخير، فحُمِلا عليه مَجازًا.

فإن قِيل: إذا جُعِلا مَجازًا عن حَرف الشَّرطِ فلماذا يَبطُلُ بالقِيام عن الْمَجلِس؟ وإنما يَبطُلُ بالقِيام عن الْمَجلِس إذا جُعِلا مَجازًا عن (إن)، أما إذا جُعِلا مَجازا عن (إذا) أو (متى): فلا، فلِمَ كان جعلُهما مَجازًا عن (إن) أَولى من جَعْلهما مَجازًا عن (إذا) و(متى)؟

قُلنا: لأن (إن) صِرْفٌ للشَّرط، ولهذا تَدخُلُ على أمرٍ مَعدومٍ على خطَرٍ، بخِلاف غيرِها، فكان الْمَجازُ عنها أَولى من غيرِها.

وفي (كيف شِئتِ) وَقَعت رَجعيّةٌ، شاءَت أوْ لا(س م)، فإن شاءَت بائِنةً، أو ثَلاثًا ونَواه: وَقَع.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ كيف شِئتِ): طَلُقت رَجعيّةً، كما قال[3] هذا الْمَقالَ قبلَ الْمَشيئةِ.

---

(١) في (ب): (غدًا) بدل (إن شئت).

(٢) في (د): إن دخلت.

(٣) في (ز): كما لو قال.

فإن قالَت[1]: (شِئتُ واحِدةً بائِنةً)، أو (ثَلاثًا)، وقال الزَّوجُ: (نَويتُ ذلك): فهو **كما قال**؛ لأنه حينَئذٍ تَثبُتُ الْمُوافَقةُ بينَ مَشيئتِها وإرادتِه.

أما إذا شاءَت ثَلاثًا، والزَّوجُ واحِدةً بائِنةً، أو شاءَت واحِدةً بائِنةً، والزَّوجُ نَوى **الثَّلاثَ: تَقعُ واحِدةٌ رَجعيَّةٌ**؛ لأنه لَغَت مَشيئتُها؛ لعَدَم الْمُوافَقةِ، فبَقي إيقاعُ الزَّوجِ.

ولو لم تَحضُر للزَّوج نِيَّةٌ: لم يُذكَر في «الأَصل»، ويَجِبُ أن تُعتبرَ مَشيئتُها فيما شاءَت، حتى لو شاءَت ثَلاثًا أو واحِدةً بائِنةً ولم تَنوِ الزَّوجَ: وَقَع ما أوقَعت بالاتِّفاق على اختِلاف الأصلَين.

أما على أَصله: فلأنه أَقامها مُقامَ نفسِه في إثبات الوصفِ، والزَّوجُ متى أوقَع رَجعيًّا يَملِكُ أن يَجعَلَه بائِنًا وثَلاثًا عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فكذا الْمَرأةُ تَملِكُ لِأَنْ تجعَلَ ما وَقَع بائِنًا وثَلاثًا.

وأما عندَهما: فكذا تَملِكُ إيقاعَ البائِنِ والثَّلاثِ؛ لأنه تَفويضُ أصلِ الطَّلاقِ إليها على أيِّ وصفٍ شاءَت[2].

وهذا عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وعندَهما: لا يَقعُ شيءٌ ما لم تَشأ، فإن شاءَت أوقَعت رَجعيّةً، وإن شاءَت بائِنةً، وإن شاءَت ثَلاثًا بشَرط مُطابَقةِ إرادةِ الزَّوجِ.

وعلى هذا الخِلافِ: لو قال: (أنت حُرٌّ كيف شِئتَ): يَعتِقُ عندَه في الحال، وعندَهما: يَتوقَّفُ على الْمَشيئة.

والحاصِلُ: أن أصلَ الطَّلاقَ لا يَتعلَّقُ بمَشيئتها عندَه، وإنما تَتعلَّقُ صِفتُه.

وعندَهما: يَتعلَّقُ أصلُ الطَّلاقِ ووصفُه بمَشيئتها.

---

(١) في (و): قال.

(٢) في (د): شاء.

لهما: أن هذا تَفويضُ الطَّلاقِ إليها على أيِّ وصفٍ شاءَت، وإنما يَكونُ كذلك إذا تَعلَّقَ أصلُ الطَّلاقِ بمَشيئتها، أما إذا لم يَتعلَّق: لا يَقَعُ كيف شاءَت، بل يَقَعُ على خِلاف ما شاءَت؛ لأنه يَقَعُ رَجعيًا، وما شاءَت أن يَكونَ رَجعيًّا.

وهذا لأن (كيف) للاستِيصاف عن الشَّيء، فإذا أَضافها إلى الْمَشيئة الْمُضافةِ إلى الطَّلاق فقد عَلَّق جَميعَ أوصافِ الطَّلاقِ بالْمَشيئة.

ولن تَصيرَ جَميعُ الأوصافِ مُعلَّقًا بالْمَشيئة إلا بعدَ أن يَصيرَ أصلُ الطَّلاقِ مُعلَّقًا بها؛ لأنه متى وَقَع أصلُ الطَّلاقِ في الحال لا بُدَّ وأن يَستصحِبَ بعضَ أوصافِه؛ لاستِحالة وُجودِ أصلِ الطَّلاقِ في الواقِع بلا وصفٍ.

ولأنه لو لم يَتعلَّق أصلُ الطَّلاقِ للَغا قولُه: (كيف شِئتِ) في غَير الْمَدخولِ بها؛ لأنها لا تَستقِلُّ بإِثبات الوصفِ بعدَه.

وله: أن (كيف) للاستِيصاف، وذا لا يُتصوَّرُ إلا بعدَ وُجودِ أصلِه؛ ألا تَرى إلى قَول القائلِ:

يَقولُ خَليلي: كيف صبرُك بعدَنا ... فقُلتُ: وهل صبرٌ فتَسأَلَ[1] عن كيفِ؟!

وإذا كان الاستِيصافُ يَستَدعي وُجودَ الْمَوصوفِ، فيَقَعُ أصلُ الطَّلاقِ قبلَ الْمَشيئةِ قَضِيةً للاستِيصاف.. لكن يَثبُتُ أَدنى أوصافِه ضَرورةَ أن أصلَه[2] لا يَنفكُّ عن وَصفه[3]، ويَتعلَّقُ ما وراءَه بالْمَشيئة.

وهذا لأن قولَه: (أنت طالِقٌ) إيقاعٌ، فلو ثَبَت التَّعليقُ بمَشيئتها إنما يَثبُتُ ضَرورةَ

(١) في سوى (ج): فيُسال.

(٢) في (هـ): وصفه.

(٣) في (هـ): أصله.

التَّخييرِ، وذا دَخل[1] في الصِّفة لا في الذّات، وهذه أوصافٌ تَنفكُّ عن الذّات، فلم يكن من ضَرورة تَعلُّقِها بالْمَشيئة تَعلُّقُ الذّاتِ بها.

وما قاله أَولى؛ لأن إثباتَ الْمَوصوفِ وإن كان فيه تَخصيصُ بعضِ الأوصافِ عن التَّعليق لِيَصِحَّ الاستِيصافُ.. أَولى من تَعليق أصلِ الطَّلاقِ بالْمَشيئة وتَعميمِ الأوصافِ وفيه إبطالُ الاستِيصافِ؛ لأن الكَلامَ يَحتمِلُ التَّخصيصَ دونَ التَّعطيلِ.

وفي (كم شِئتِ)، و(ما شِئتِ): تَطلُقُ ما شاءَت فيه، وإن رَدَّت ارتَدّ.

وإن قال: (أنتِ طالِقٌ كم شِئتِ)، أو (ما شِئتِ): طَلَّقت نفسَها ما شاءَت، واحِدةً أو ثِنتَين أو ثَلاثًا، ما لم تَقُم من مَجلِسها، أو تَأخُذْ في عَمَلٍ آخرَ.

ويَتعلَّقُ أصلُ الطَّلاقِ بمَشيئتها؛ لأن (كم) اسمٌ للعَدَد، يُقالُ: (كم دِرهَمٍ مالُك؟).

ولَمّا كان كذلك صارَت الْمَشيئةُ واقِعةً في نَفس الواقِعِ؛ لأن العدَدَ هو الواقِعُ، فتَعلَّق الطَّلاقُ بجَميع أعدادِه بالْمَشيئة.

ولَمّا كانَت هذه[2] الكَلِمةُ مَوضوعةً للعَدَد بلا تَعيينٍ صارَت عامّةً، فلها أن تَشاءَ الواحِدةَ والثِّنتَين والثَّلاثَ.

و(ما) يُستعمَلُ في الْمِقدار أيضًا، يُقالُ: (خُذ من دَراهِمي ما شِئتَ)، أي: أيَّ قَدْرٍ شِئتَ، فكان عامًّا، وهو اسمٌ للواقِعِ؛ لأنه جَعَله مَفعولَ[3] الْمَشيئةِ، ومَفعولُ[4] الْمَشيئةِ هو الواقِعُ.

---

(١) في (هـ): داخل.

(٢) في (د): تلك.

(٣) في (ب): معقول.

(٤) في (ب) و(ج): معقول.

فإن رَدَّت الأمرَ كان ردًّا؛ لأنه أمرٌ واحِدٌ، وهو تَمليكٌ في الحال؛ لأنه ليس في كَلامه ذِكرُ الوقتِ، فاقتَضى جَوابًا في الحال.

(طَلِّقي أو اختارِي من ثَلاثٍ ما شِئتِ): تُطلِّقُ ما دونَه(س م).

وإن قال لها: (طَلِّقي نفسَكِ من ثَلاثٍ ما شِئتِ)، أو (اختارِي من الثَّلاث ما شِئتِ): فلها أن تُطلِّقَ نفسَها واحِدةً أو ثِنتَين.

وليس لها أن تُطلِّق نفسَها ثَلاثًا عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقالا: لها أن تُطلِّقَ نفسَها ثَلاثًا أيضًا؛ لأن (ما) مُحكَمٌ في التَّعميم، و(مِن) يَجيءُ للبَيان، كما في قَوله تَعالى: ﴿فَٱجۡتَنِبُواْ ٱلرِّجۡسَ مِنَ ٱلۡأَوۡثَٰنِ وَٱجۡتَنِبُواْ قَوۡلَ ٱلزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠]، فيُحمَلُ عليه، كما في قَوله: (طَلِّق مِن نِسائي مَن شاءَت).

وله: أن (مِن) للتَّبعيض حَقيقةً، و(ما) للتَّعميم، فيُعمَلُ بهما، ويُرادُ به بعضُ عامٍّ، وهو الثِّنتان.

بخِلاف ما لو قال: (كُلْ من طَعامي ما شِئتَ)؛ لأنه أمرٌ يُبتنى على(١) الْمُسامَحة، فسَقَط اعتِبارُ التَّبعيضِ بهذه الدَّلالةِ.

وفي مَسألة الطَّلاقِ أُرِيد به البعضُ أيضًا، إلا أنه وُصِف بصِفةٍ عامّةٍ، وهي الْمَشيئةُ، فسَقَط اعتِبارُ التَّبعيضِ لهذا، حتى لو قال: (مَن شِئتِ) كان على الخِلاف؛ لأنه ما وَصَفه بوصفٍ عامٍّ.

(أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا إلا أن تَشائِي طَلْقةً)، فشاءَتْها: طَلُقت(م).

وإن قال: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا إلا أن تَشائي طَلْقةً)، فشاءَت واحِدةً: طَلُقت واحِدةً.

---

(١) في (هـ): ينبني عن.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَقَعُ شيءٌ؛ لأن مَعناه: (إن لم تَشائي واحِدةً فأنتِ طالِقٌ ثَلاثًا)، فإن شاءَت الواحِدةَ لا يقَعُ شيءٌ.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه أثبَت لها[1] مَشيئةَ الواحِدةِ، فإذا شاءَت الواحِدةَ تقَعُ.

(طَلِّقها إن شاء اللهُ وشِئتَ)، أو (أنتِ كذا إن شاء اللهُ وفُلانٌ)، أو (ما شاء اللهُ وفُلانٌ): بَطَل.

(طَلِّقها بما شاء اللهُ وشِئتَ): يُطلِّقُها بما شاء[2].

ولو قال: (طَلِّقها إن شاء اللهُ وشِئتَ)، أو قال: (أنتِ طالِقٌ إن شاء اللهُ وفُلانٌ)، أو (شِئتُ)، أو (ما شاء اللهُ وفُلانٌ): لا يَقَعُ بالْمَشيئة؛ لأنه عطفٌ على باطِلٍ، فيَبطُلُ؛ إذ التَّعليقُ بمَشيئة اللهِ تَعالى للإبطال، وكذا سائِرُ التَّصرُّفاتِ.

وفي (إن شِئتَ وشاء فُلانٌ) تَعلَّق بمَشيئتهما.

(طَلِّقها بما شاء اللهُ وشِئتَ): يُطلِّقُها بما شاء[3].

وكذا البيعُ، والإجارةُ، والخُلعُ.

ولو قال: (إن شِئتِ وشاء فُلانٌ): تَعلَّق بمَشيئتهما.

ولو قال: (طَلِّقها بما شاء اللهُ وشِئتَ): يُطلِّقُها بما شاء.

وكذا البيعُ، والإجارةُ، والخُلعُ.

لأن الْمَشيئةَ دَخَلت على البَدَل، فكان الْمَقصودُ منه التَّفويضَ على سَبيل العُمومِ، كأنه قال: (بما قَدَّر اللهُ) أو (يَسَّر اللهُ تَعالى).

---

(١) في (ب): بها.

(٢) في (ف): ما شاء.

(٣) في (ف): ما شاء.

بَابُ التَّعليقِ ونحوِهِ

بابُ التَّعليقِ[1]

إنما يَصِحُّ في الْمِلك، كقَوله لِمَنكوحته: (إن كَلَّمتِه فأنتِ طالِقٌ).
أو الإضافةِ[ف] إليه، كـ (إن نكَحتُكِ فأنتِ طالِقٌ)، فيَقَعُ بعدَه.

إذا أَضاف الطَّلاقَ إلى النِّكاح وَقَع عَقيبَ النِّكاحِ، نحوُ أن يَقولَ لامرَأةٍ: (إن تَزَوَّجتُكِ فأنتِ طالِقٌ)، أو (كلُّ امرَأةٍ أتزوَّجُها فهي طالِقٌ)، وكذا إذا قال: (إذا) أو (متى).

وسَواءٌ خصَّ مِصرًا أو قَبيلةً أو وقتًا أو لم يَخُصَّ.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن خصَّ مِصرًا أو قَبيلةً: صحّ، وإلا لا؛ لأن المانِعَ هو الجَهالةُ، فإذا خَصَّ ارتَفَعت، فيَصِحُّ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ أصلًا؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا طَلاقَ قبلَ النِّكاحِ»[2].

---

(١) التعليق: هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، ويسمى يمينًا، والتعليق بالطلاق: إذا علقه بشرط كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق. «التعريفات الفقهية» ص٥٩.

(٢) رواه ابن ماجه (٢٠٤٩)، وعبد الرزاق (١١٤٥٠)، والحاكم (٢٨٢٠).

وقال البخاري في «صحيحه» ٧/ ٤٥: باب لا طلاق قبل النكاح: وقول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ =

والْمُرادُ به: نفيُ التَّعليقِ لا نفيُ التَّنجيزِ[1]؛ لأن ذا لا يَخفى على أحدٍ.

ولأنه لا يَملِكُ التَّنجيزَ[2]، فلا يَملِكُ التَّعليقَ؛ إذ التَّعليقُ عِبارةٌ عن تأخيرِ الْمُنجَّزِ، وهو لغوٌ لولا الشَّرطُ، فلا يَملِكُ تأخيرَه.

= ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وقال ابن عباس: جعل الله الطلاق بعد النكاح، ويروى في ذلك عن علي، وسعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وأبان بن عثمان، وعلي بن حسين، وشريح، وسعيد بن جبير، والقاسم، وسالم، وطاووس، والحسن، وعكرمة، وعطاء، وعامر بن سعد، وجابر بن زيد، ونافع بن جبير، ومحمد بن كعب، وسليمان بن يسار، ومجاهد، والقاسم بن عبد الرحمن، وعمرو بن هرم، والشعبي: أنها لا تطلق. انتهى.

وقال الترمذي ٢/ ٤٧٧: باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا هشيم، قال: حدثنا عامر الأحول، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك».

وفي الباب عن علي، ومعاذ بن جبل، وجابر، وابن عباس، وعائشة.

حديث عبد الله بن عمرو حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب، وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيرهم.

روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وابن عباس، وجابر بن عبد الله، وسعيد بن المسيب، والحسن، وسعيد بن جبير، وعلي بن الحسين، وشريح، وجابر بن زيد، وغير واحد من فقهاء التابعين، وبه يقول الشافعي.

وروي عن ابن مسعود أنه قال في المنصوبة: إنها تطلق.

وقد روي عن إبراهيم النخعي، والشعبي وغيرهما من أهل العلم أنهم قالوا: إذا وَقَّت نزل.

وهو قول سفيان الثوري ومالك بن أنس: أنه إذا سمى امرأة بعينها أو وقَّت وقتًا، أو قال: إن تزوجت من كورة كذا، فإنه إن تزوج فإنها تطلق. انتهى.

(١) في (هـ): التخيير.

(٢) في (هـ): التخيير.

وهذا لأنه إنما يَصيرُ مُطلَقًا عندَ الشَّرطِ بالكَلام السّابقِ، فإن وُجِد ذلك في الْمِلك يَكونُ تَطليقًا في الْمِلك، وإن وُجِد في غَيره يَكونُ تَطليقًا قبلَه.

ولنا: أن التَّعليقَ بالشَّرط يَمينٌ، فلا تَتوقَّفُ صِحّتُه على مِلك المحَلِّ، كاليَمين بالله تَعالى؛ وهذا لأنَ اليَمينَ تَصرُّفٌ من الحالِف في ذِمّة نفسِه؛ لأنه يُوجِبُ البِرَّ على نَفسه حملًا أو منعًا.

والْمِلكُ في المحَلِّ شرطٌ للطَّلاق، والْمَحلوفُ به ليس بطَلاقٍ، فلا يُشترَطُ له قِيامُ مِلكِ النِّكاحِ.

وهو ليس بتَصرُّفٍ فيه(١)، كما لو قال: (إن مَلَكتُ عبدًا فلِلَّه عليَّ أن أُعتِقَه).

ولهذا لو حَلَف أن لا(٢) يُطلِّقَ، فعَلَّق الطَّلاقَ بالشَّرط: لا يَحنَثُ، ولو حَلَف أن لا يَحلِفَ حَنِث به.

وإنما يَكونُ طَلاقًا بالوُصول إلى الْمَرأة، وما دام يَمينًا لم يُلاقِ الْمَرأَةَ، وإنما تَعدّى حُكمُه إلى المحَلِّ عندَ ارتِفاعِ اليَمينِ بوُجود الشَّرطِ، فيُشترَطُ الْمِلكُ في المحَلِّ حينَئذٍ، وهو ثابِتٌ، ولكنَّ الْمَحلوفَ به ما سيَصيرُ طَلاقًا عندَ الشَّرطِ بوُصوله إليها.

وهذا كالرَّمي، فإن عَينَه ليس بقتلٍ، والتُّرسُ ليس مانِعًا ما هو قتلٌ ولا مُؤخِّرًا له، بل هو مانِعٌ ما سيَصيرُ قتلًا إذا وَصَل إلى المحَلّ.

ولما كان التَّعليقُ مانِعًا من الوُصول إلى المحَلّ، ولا يَكونُ التَّصرُّفُ مُعتبَرًا(٣) إلا برُكنه ومحَلِّه: لا يَكونُ طَلاقًا قبلَ الوُصولِ إلى محَلِّه.

---

(١) في (د): منه، وكتب تحتها في (ب): لا به.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) في (و): مغيرًا.

فإن قِيل: الطَّلاقُ يَستَدعي أهلِيّةَ الْمُوقِعِ ومِلكَ المحَلِّ، ثم لو عَلَّق قبلَ الأهلِيّةِ لا يَصِحُّ، وإن أُضِيف إلى زَمان الأهلِيّةِ، كما لو قال صبيٌّ لامرَأته: (إذا بَلَغتُ فأنتِ طالِقٌ)، فكذا لا يَصِحُّ قبلَ مِلكِ المحَلِّ مُضافًا إليه.

قُلنا: أهلِيّةُ التَّصرُّفِ لا بُدَّ منها في اليَمين كما لا بُدَّ منها في الطَّلاق، فأما مِلكُ المحَلِّ: فشرطٌ للطَّلاق دونَ اليَمينِ.

فإن قِيل: لَمَّا كان الْمِلكُ شرطًا للطَّلاق فلا يَنعقِدُ الإيجابُ قبلَ الْمِلكِ، كما في البَيع، فإنه لما اختَصَّ بالْمِلك لا يَنعقِدُ الإيجابُ قبلَه، حتى لو باع طيرًا في الهَواء، ثم أخَذه قبلَ قَبولِ الْمُشتَري: لا يَصِحُّ.

قُلنا: الإيجابُ أحدُ شَطرَي البيعِ، وتَصرُّفُ البيعِ قبلَ الْمِلكِ لغوٌ.

فأما الإيجابُ هنا: فتَصَرُّفٌ آخَرُ سِوى الطَّلاقِ، وهو اليَمينُ.

وحاصِلُ الخِلافِ: أن الْمُعلَّقَ بالشَّرط لا يَنعقِدُ سببًا، وأثرُ التَّعليقِ في إعدامه إلى زَمان وُجودِ الشَّرطِ عندَنا، فلا يَكونُ طَلاقًا، فلا يُشترَطُ الْمِلكُ.

وعندَه: يَنعقِدُ سببًا، وأثرُ التَّعليقِ[1] في تَأخير الحُكمِ، فكان إيقاعًا في الحال، فشُرِط الْمِلكُ.

وقد قَرَّرنا الدَّلائلَ[2] من الجانِبَين في أُصول الفِقهِ.

فإن قِيل: لو جُنَّ بعدَ التَّعليقِ تَطلُقُ إن وُجِد الشَّرطُ، ولو كان إيقاعًا عندَه لشُرِطت الأهلِيّةُ عندَه.

قُلنا: هو إيقاعٌ حُكمًا، والْمَجنونُ أهلٌ له؛ بدَليل عَتقِ ذِي رَحِمِه.

---

(١) في (د): الفعل.

(٢) في (هـ): قرر بالدلائل.

واعتِبارُه بالتَّنجيز باطِلٌ؛ لأن التَّنجيزَ طَلاقٌ، ولا طَلاقَ قبلَ الْمِلكِ، والتَّعليقُ يَمينٌ، والْمِلكُ ليس بشرطٍ لليَمين؛ ألا تَرى أنه لو قال لأمَته: (إذا وَلَدتِ ولَدًا فهو حُرٌّ): صحّ، وإن لم يَملِك تَنجيزَ العَتقِ في الوَلَد الْمَعدومِ.

وبه يُجابُ عما يُقالُ: إن الطَّلاقَ تَصرُّفٌ يُملَكُ بمِلك النّكاحِ، فلا يَكونُ مَملوكًا قبلَه؛ لأن الْمُعلَّقَ بالشَّرط ليس بطَلاقٍ على ما بيَّنّا.

والحَديثُ[1] مَحمولٌ على التَّنجيز، كذا رُوِي عن مَكحولٍ وسالِمٍ والزُّهريِّ والشَّعبيِّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ[2]؛ وهذا لأن مُطلَقَ الطَّلاقِ يَنصرِفُ إلى التَّنجيز عُرفًا؛ لأنه الكامِلُ، والْمُطلَقُ يَنصرِفُ إليه.

وإذا أَضافه إلى شرطٍ وَقَع عَقيبَ الشَّرطِ اتِّفاقًا، مِثْل أن يَقولَ لامرَأته: (إن دَخَلْت الدّارَ فأنتِ طالِقٌ) لأن الْمِلكَ قائِمٌ في الحال، والظّاهرُ بَقاؤُه إلى وَقت الشَّرطِ؛ لأن

(١) أي حديث: «لا طلاق قبل النكاح».

(٢) روى عبد الرزاق (١١٤٧٥) عن معمر عن الزهري في رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، وكل أمة أشتريها فهي حرة قال: هو كما قال، قال معمر: فقلت: أو ليس قد جاء عن بعضهم أنه قال: لا طلاق قبل النكاح، ولا عتاقة إلا بعد الملك؟ قال: إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق، وعبد فلان حر.

وروى (١١٤٧٢) عن معمر عن حماد قال: إذا وَقّت امرأة أو قبيلة جاز، وإذا عم فليس بشيء. وقاله إبراهيم (١١٤٧٣) الثوري، عن زكريا وإسماعيل عن الشعبي مثل قول إبراهيم.

وروى (١١٤٧٠) عن الثوري عن محمد بن قيس قال: سألت إبراهيم والشعبي عن الطلاق قبل النكاح، فقالا: سمى الأسود امرأة، فوقّت إن تزوجها فهي طالق، فسأل عن ذلك ابن مسعود فقال: قد بانت منك، فاخطبها إلى نفسها.

وروى أيضًا (١١٤٧٤) عن أبي سلمة بن عبد الرحمن: أن رجلًا أتى عمر بن الخطاب فقال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثًا، فقال له عمر: فهو كما قلت.

الأصلَ فِي كلِّ ثابِتٍ[1] استِمرارُه، خُصوصًا في النّكاح الذي هو عقدُ عُمُرٍ، فصحَّ يَمينًا عندَنا وإيقاعًا عندَه.

قال لأجنبيّةٍ: (إن دَخَلتِ فأنتِ طالِقٌ)، فنكَحها، فدَخلت: لم تَطلُق.

ولا يَصِحُّ إضافةُ الطَّلاقِ إلا أن يَكونَ الحالِفُ مالِكًا أو يُضيفه إلى مِلكٍ[2]؛ لأن الجَزاءَ لا بُدَّ أن يَكونَ مَحذورًا ليَتحقَّقَ مَعنى اليَمينِ، وهو القُوّةُ.

وذا إنما يَكونُ إن لو كان مُتيقَّنَ الوُجودِ عندَ وُجودِ الشَّرطِ، بأن أُضِيف إلى مِلكٍ أو غالِبِ الوُجودِ عندَه، بأن كان في الْمِلك والإضافةِ إلى سَبَب الْمِلكِ، كالتَّزوُّج، كالإضافة إلى الْمِلك.

فإن قال لأجنَبيّةٍ: (إن دَخَلْت الدّارَ فأنتِ طالِقٌ)، ثم نَكَحها، فدَخلَت الدّارَ: لم تَطلُق؛ لأنه ما أَضافه إلى الْمِلك، وهو ليس بمالِكٍ أيضًا.

وألفاظُ الشَّرطِ: (إن)، و(إذا)، و(إذا ما)، و(كلّ)، و(كُلَّما)، و(متى)، و(متى ما).

وألفاظُ الشَّرطِ: (إن)، و(إذا)، و(إذا ما)، و(كلّ)، و(كُلَّما)، و(متى)، و(متى ما).

لأن الشَّرطَ هو العَلامةُ، ومنه: أشراطُ السّاعةِ، أي عَلاماتُها، فسُمِّيت هذه الألفاظُ به: لاقتِرانها بالفِعل الذي هو شرطُ الحِنثِ، أي علامتُه؛ لأن الجَزاءَ إنما يَتعلَّقُ بما هو على خَطَرِ الوُجودِ، وهو الأفعالُ[3]، لا بالأَسماء؛ لاستِحالة مَعنى الخطَرِ فيها.

والأصلُ فيها: (إن)، فهي صِرْفٌ للشَّرط[4]، وما وراءَها مُلحَقٌ بها؛ لما فيها من

(١) في (هـ): راتب.

(٢) في (ب): ملكه.

(٣) في (هـ): بالأفعال.

(٤) في (ج) و(هـ): حرف الشرط، وفي (د): حرف للشرط. وكذلك هي بالحاء في «الهداية» =

مَعنى الشَّرطِ؛ لأنها تَدُلُّ على الوَقت الذي هو علَمٌ عليه.

وكَلِمةُ (كلّ) وإن كانَت تَدخُلُ على الأسماء.. لكنها جُعِلت منها: لأن الفِعلَ يُلازِمُ الاسمَ الذي يَدخُلُ عليه (كلّ)، مِثلُ: (كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها)، (كلُّ عبدٍ أشتَريه).

ففيها إن وُجِد الشَّرطُ: انتهَت اليمينُ، إلا في (كُلَّما) حتى يَقعَ الثَّلاثُ.

ففي هذه الألفاظِ إذا وُجِد الشَّرطُ انحَلَّت اليَمينُ وانتَهت؛ لأنها لا تَقتَضي العُمومَ والتَّكرارَ، فبوُجود الفِعلِ مرّةً تمَّ[1] الشَّرطُ، وانحَلَّت اليَمينُ، فلا يَتحقَّقُ الحِنثُ بعدَه.

إلا في: (كُلَّما) لأنها تُوجِبُ عُمومَ الأفعالِ، قال اللهُ تَعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾ [النِّسَاء: ٥٦].

ومن ضَرورة تَعميمِ الشَّرطِ تَعميمُ ما عُلِّق به من الجَزاء.

فإذا كان الجَزاءُ الطَّلاقَ، والشَّرطُ بكَلِمة كُلَّما: يَتكرَّرُ الطَّلاقُ بتكرُّر الحِنثِ، حتى يَستوفيَ طَلاقَ الْمِلكِ الذي حَلَف عليه.

فإن تَزوَّجها بعدَ زوجٍ آخرَ وتكرَّر الشَّرطُ: لم يَحنَث عندَنا.

خِلافًا لزفرَ؛ لأنه علَّق بالشَّرط الطَّلاقَ الثّابتَ له في هذا الْمِلكِ، وهو الطَّلاقُ الثَّلاثُ، فإذا استَوفى الثَّلاثَ لم يَبقَ الجَزاءُ، وبَقاءُ اليَمينِ به وبالشَّرط، فيَفوتُ بفَوت أحَدِهما.

ولو قال: (كُلَّما تَزوَّجتُ امرأةً فهي طالِقٌ): يَحنَثُ بوُجود الشَّرطِ أبدًا؛ لأن الشَّرطَ مِلكٌ يُوجَدُ في الْمُستقبَل، وذا غيرُ مَحصورٍ، فمهما[2] وُجِد الشَّرطُ تَبِعه جَزاؤُه.

=١/ ٢٤٤، وشروحها: «العناية» ٤/ ١٢١، و«البناية» ٥/ ٤١٨، و«فتح القدير» ٤/ ١٢١، وفسرها في «البناية» فقال: أي خالص الشرط. فالظاهر أنها تصحيف.

(١) في (هـ): ثم.

(٢) في (هـ): فيهما، وفي حاشية (ج): فمتى ما.

وأما (كلّ): فتستدعي عُمومَ الأسماءِ، فلا يَتكرَّرُ الحِنثُ بتكرُّر الفِعلِ؛ لأن كَلِمةَ التَّعميمِ لم تَدخُل عليه، فلو قال: (كلُّ امرَأةٍ أتزوَّجُها فهي طالِقٌ)، فتزوَّج نِسوةً: طَلُقْنَ، ولو تَزوَّج امرَأةً مِرارًا لم تَطلُق إلا مرّةً.

وزَوالُ الْمِلكِ بعدَ اليَمينِ لا يُبطِلُها.

وزَوالُ الْمِلكِ بعدَ اليَمينِ، بأن طَلَّقها واحِدةً أو ثِنتَين: لا يُبطِلُها؛ لأنه لم يُوجَد الشَّرطُ، فكان باقِيًا، والجَزاءُ باقٍ؛ لبَقاء محَلِّه؛ لأن الثَّلاثَ لم تُوجَد، فتَبقى اليَمينُ.

فإن وُجِد الشَّرطُ في مِلكه وَقَع، وانحَلَّت، وإلا لا[1]، وانحَلَّت.

فإن وُجِد الشَّرطُ في الْمِلك انحَلَّت اليَمينُ، بأن قال لامرَأته: (إن دَخَلْتِ الدّارَ فأنتِ طالِقٌ)، فدَخلَت وهي امرَأتُه: وَقَع الطَّلاقُ؛ لوُجود الشَّرطِ وقَبولِ المحَلِّ للجَزاء، فيَنزِلُ الجَزاءُ.

ولم تَبقَ اليَمينُ: لما مرَّ أن بَقاءَ اليَمينِ بالشَّرط والجَزاءِ.

وإن وُجِد في غَير الْمِلكِ انحَلَّت اليَمينُ، بأن قال لامرَأته: (إن دَخَلْت الدّارَ فأنتِ طالِقٌ)، فطَلَّقها قبلَ وُجودِ الشَّرطِ، ومَضَت العِدّةُ، ثم دَخَلَت الدّارَ: تَنحَلُّ اليَمينُ؛ لوُجود الشَّرطِ، واليَمينُ[2] مُتعلِّقةٌ به.

ولم يَقَع شيءٌ؛ لبُطلان المحَلِّيّةِ.

اختَلَفا في وُجوده: فالقولُ له، إلا إذا بَرْهَنت[3].

---

(١) أي لم يقع.

(٢) في (ج) و(د) و(هـ): فاليمين.

(٣) البرهان: الحجة، وقد برهن عليه: أي أقام الحجة. «المختار» ص٣٤.

وإن اختلَفا في وُجود الشَّرطِ فالقولُ للزَّوج؛ لأنه مُتمسِّكٌ بالأَصل؛ إذ الأَصلُ عدَمُ الشَّرطِ، والقولُ لمن يَتمسَّكُ بالأَصل؛ لأن الظَّاهرَ شاهِدٌ له.

ولأنه يُنكِرُ وُقوعَ الطَّلاقِ، وهي تَدَّعيه، والقولُ للمُنكِر.

إلا أن تُقيمَ الْمَرأةُ البيِّنَةَ؛ لأنها نوَّرَت[1] دَعواها بالحُجّة.

وما لا يُعلَمُ إلا منها: فالقولُ لها في حقِّها، كـ(إن حِضتِ فأنتِ طالِقٌ وفُلانةُ)، و(إن كُنتِ تُحِبِّين أن يُعذِّبَكِ اللهُ)، أو (إن كُنتِ تُحبِّيني) -أو قَيَّد بالقلبِ[م]- (فأنتِ طالِقٌ، وعبدُه حُرٌّ)، فقالَت: (حِضتُ)، أو (أُحِبُّ): طَلُقت هي فقط[و].

فإن كان الشَّرطُ لا يُعلَمُ إلا من جِهَتها فالقولُ لها في حقِّ نفسِها، مِثلُ أن يَقولَ: إن حِضتِ فأنتِ طالِقٌ وفُلانةُ، فقالَت: حِضتُ: طَلُقت هي، ولم تَطلُق فُلانةُ.

والقِياسُ: أن لا يَقعَ الطَّلاقُ عليها بقَولها؛ لأنها تَدَّعي شرْطَ الحِنثِ على الزَّوج ووُقوعَ الطَّلاقِ، وهو مُنكِرٌ، فيَكونُ القولُ له.

ولا تُصدَّقُ بلا حُجّةٍ[2]، كما لو عَلَّق طَلاقَها بدُخولها الدّارَ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن هذا أمرٌ لا يُعرَفُ إلا مِن قِبَلها، وقد تَرتَّب عليه حُكمٌ شَرعيٌّ، فيَجِبُ عليها أن تُخبِرَ بحَيضها كيلا يَقَعا في الحَرام؛ إذ صِيانةُ نفسِها وزوجِها عن الحَرام واجِبةٌ.

ولَمّا كانت الصِّيانةُ واجبةً كان طَريقُ الصِّيانةِ -وهو إخبارُها- واجِبًا أيضًا، وهي الْمُتعيِّنةُ لإقامة هذا الواجِبِ، فيَجِبُ قَبولُ قولِها لتَخرُجَ عن عُهدة الواجِبِ.

ولأنها صارَت أمينةً من أُمَناء الشَّرعِ، فيَجِبُ قَبولُ قولِها؛ وهذا لأنها مَأمورةٌ بإظهار

(١) في (هـ): تزيد.

(٢) في (ب) و(ج) و(هـ): إلا بحجة.

ما في رَحِمِها؛ لأن الكِتمانَ حَرامٌ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨].

وقد تَعلَّق بالإظهار أحكامٌ شَرعيّةٌ، فصارَت مَأمورةً بالإظهار ضَرورةً، وإذا صارَت مَأمورةً بالإظهار يَجِبُ قَبولُ قولِها ليُفيدَ[١] الإظهارُ.

ومتى وَجَب قَبولُ قولِها وَجَب تَرتيبُ الأحكامِ عليه؛ إذ هو الْمَعنيُّ بالقَبول، ولهذا قُبِل قولُها في حقِّ العِدّةِ إذا أخبَرت بانقِضائها بالحِيَض في مُدّةٍ تَنقَضي في مِثلها، حتى يَبطُلُ حقُّه في الرَّجعة، وفي حقِّ حُرمةِ وطئِها إذا أخبَرت برُؤية الدَّمِ، وحِلِّ الوطءِ إذا أخبَرت بانقِطاع الدَّمِ.

وكان يَنبَغي أن يَقعَ الطَّلاقُ عليهما[٢]؛ لأنّا حَكَمنا بوُجود الشَّرطِ بقَولها، وطَلاقُ صاحِبتِها جَزاءُ هذا الشَّرطِ، كطَلاقها، ولكنّا نَدَعُ القِياسَ، ونُوقِعُ الطَّلاقَ عليها دونَ صاحِبتِها بقَولها؛ حتى نَعلَمَ أنها حاضَت حَقيقةً؛ لأنّا إنما قَبِلنا قولَها بطَريق الضَّرورةِ لتَخرُجَ عن عُهدة الواجِبِ، أو ليَقعَ التَّفصِّي[٣] عن الحَرام، ولا ضَرورةَ في حقِّ صاحِبتِها.

والحُكمُ[٤] بوُقوع الطَّلاقِ في حقِّها لا يَكونُ حُكمًا بوُجود الشَّرطِ في حقِّ صاحِبتِها؛ لأنها شاهِدةٌ في حقِّها، بل مُتَّهمةٌ، فيُجعَلُ كأن الطَّلاقَ واقِعٌ عليها[٥] لا بقَضيّة الشَّرطِ في حقِّ صاحِبتِها.

---

(١) في (ز): لتقيد.

(٢) في (هـ) و(ز): عليها.

(٣) كذا في (ج)، وفي (هـ): التقصي، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

(٤) في (ب): إذ الحكم، وفي (هـ): لأن الحكم.

(٥) في (و): عليهما.

وغيرُ مُمتنِعٍ أن يُقبَلَ قولُ شخصٍ في حقِّ نفسِه ولا يُقبَلَ في حقِّ غيرِه، كأحَد الوَرَثةِ إذا أقرَّ بدَينٍ على الميْت لرَجُلٍ وكذَّبَه بقِيّةُ الوَرَثةِ، وكما إذا ثَبَت الْمِلكُ للمُستحِقّ بإقرار الْمُشتَري.. لم يَرجع على البائع بالثَّمَن.

وكذا لو قال: (إن كُنتِ تُحِبِّين أن يُعذِّبَكِ اللهُ في نار جَهنَّمَ فأنتِ طالِقٌ، وعَبدي حُرٌّ)، فقالَت: أُحِبُّه، أو قال: (إن كُنتِ تُحبِّيني أو تُبغِضيني فأنتِ طالِقٌ وهذه معكِ)، فقالَت: (أُحِبُّكَ)، أو (أُبغِضُكَ): طَلُقت، ولم يَعتِق العبدُ، ولم تَطلُق صاحِبتُها.

لأن الْمَحبّةَ أمرٌ باطِنٌ لا[1] يُوقَفُ عليها، فيَتعلَّقُ الحُكمُ بما دَلَّ عليها، وهو الخبَرُ عنها؛ لأن أحكامَ الشَّرعِ[2] لا تُناطُ بمَعانٍ خَفيّةٍ بل بمَعانٍ جَليّةٍ؛ تَيسيرًا.

ألا تَرى أن الرُّخَصَ، والحدَثَ، والغُسلَ، والاستِبراءَ، وتَوجُّهَ الخِطابِ.. تَعلَّقت بالسَّفَر دونَ الْمَشقّةِ، والنَّومِ دونَ الخارِجِ النَّجِسِ، والالتِقاءِ دونَ الإنزالِ، وحُدوثِ مِلكِ الرَّقَبةِ مع اليدِ دونَ الشُّغلِ، والبُلوغِ عن عقلٍ دونَه؛ تَحقيقًا لليُسر الْمَرضيِّ، ودفعًا للعُسر الْمَنفيِّ.

إلا أنها أمينةٌ في حقِّ نفسِها، شاهِدةٌ في حقِّ غيرِها، وشَهادةُ الفردِ مَردودةٌ، فتَعلَّق الحُكمُ في حقِّها بإخبارِها، وفي حقِّ غيرِها بحَقيقة الْمَحبّةِ.

فإن قِيل: تَيقَّنّا بكَذِبها؛ لأن مَحبّةَ العَذابِ أمرٌ تَأباه العُقولُ.

قُلنا: احتِمالُ الصِّدقِ في خبَرِها ثابِتٌ، فقد يَبلُغُ ضِيقُ الصَّدرِ، وقِلّةُ الصَّبرِ، وسوءُ الحالِ.. دَرَجةً يُحِبُّ الإنسانُ فيها الموتَ، فجاز أن يَحمِلَها شِدّةُ بُغضِها إيّاه على إيثار العَذابِ على صُحبته.

---

(١) سقطت من (أ).

(٢) في (هـ) و(ز): الشرط.

ولو قال: (إن أحبَبتِني بقَلبكِ فأنتِ طالِقٌ)، فقالَت: (أُحِبُّك): طَلُقت قَضاءً، وفيما بينَها وبينَ اللهِ تَعالى، وإن كَذَبت، عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأن الْمَحبّةَ لما لم تكن إلا بالقَلب كان إطلاقُها وتَقييدُها بالقَلب سَواءً.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا تَطلُقُ هنا إذا كانَت كاذِبةً فيما بينَها وبينَ اللهِ تَعالى؛ لأن الأصلَ في الْمَحبّة هو القلبُ، واللِّسانُ خلَفٌ عنه، والتَّقييدُ بالقَلب[1] يُبطِلُ الخِلافةَ عما في القَلب، فبَقِي الحُكمُ مُتعلِّقًا بالأَصل.

ولو قال: (إن حِضتِ فأنتِ طالِقٌ)، فرَأت الدَّمَ: لم يَقَع الطَّلاقُ حتى يَستمِرَّ ثَلاثةَ أيّامٍ؛ لاحتِمال أن يَنقطِعَ فيما دونَ الثَّلاثِ، فلا يَكونَ حيضًا؛ وهذا لأن الحيضَ في اللُّغة عِبارةٌ عن دُرور الدَّمِ، إلا أنه جُعِل في الشَّرع عِبارةً عن الدَّم الخارِجِ من الرَّحِم، وذا لا يُعرَفُ إلا بالتَّمادي ثَلاثةَ أيّامٍ، فإذا تَمَّت ثَلاثةُ أيّامٍ تبيَّن أن ما رأَتْه في الابتِداء كان دمَ حيضٍ، فيَقَعُ الطَّلاقُ من زَمان الرُّؤيةِ.

حتى لو لم تكن مَدخولًا بها، فتَزوَّجت بزوجٍ آخرَ بعدَ الرُّؤيةِ قبلَ التَّمادي، ثم تَمادى بها الدَّمُ: كان النِّكاحُ صَحيحًا.

ولو قال: (إن حِضتِ حَيضةً فأنتِ طالِقٌ): لم تَطلُق حتى تَطهُرَ من الحَيض؛ لأن الحَيضةَ اسمٌ للكامِلة، وكَمالُها بانتِهائها، وذلك بالطُّهر؛ لأن الشَّيءَ يَنتَهي بضِدِّه، ولهذا حُمِل عليه في حَديث الاستِبراءِ، وهو قولُه عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «ألا لا تُوطأُ الحَبالى حتى يَضَعْنَ حَملَهنَّ، ولا الحَيالى حتى يَستبرِئنَ بحَيضةٍ»[2].

---

(١) في (و): بالأصل.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٢: أخرجه أبو داود (٢١٥٧) قال: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة». انتهى. وله طريق أخرى مرسلة، قال ابن أبي شيبة في «مصنفه» =

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ إذا صُمتِ يومًا): طَلُقت حينَ تَغيبُ الشَّمسُ في اليَوم الذي تَصومُ؛ لأن اليومَ اسمٌ لبَياض النَّهارِ إذا قُرِن بفِعلٍ يَمتدُّ، والصَّومُ مُمتدٌّ، فكان الْمُرادُ صومًا يَستغرِقُ تَمامَ بَياضِ النَّهارِ، وتَمامُه بغُروب الشَّمسِ.

بخِلاف ما إذا قال: (إذا صُمتِ)؛ لأنه لم يُقدِّره[1] بمِعيارٍ، وقد وُجِد الصَّومُ برُكنه وهو الإمساكُ، وشرطِه وهو النِّيَّةُ، وسيَجيءُ في الأَيمان إن شاء اللهُ تَعالى.

(إن وَلَدتِ ذَكَرًا فأنتِ طالِقٌ واحِدةً، وإن وَلَدْت أُنثى فثِنتَين)، فوَلَدَتْهما، ولم يُدْرَ الأوَّلُ: طَلُقت واحِدةً قَضاءً، وثِنتَين تَنزُّهًا، ومَضَت العِدّةُ.

ولو قال لامرأته: (إن وَلَدتِ غُلامًا فأنتِ طالِقٌ واحِدةً، وإن وَلَدْتِ جارِيةً فأنتِ طالِقٌ ثِنتَين)، فولَدَت غُلامًا وجارِيةً، ولم يُدرَ أيُّهما أوَّلُ: طَلُقت تَطليقةً في القَضاء، وفي التَّنزُّه[2] تَطليقتَين، وانقضَت العِدّةُ بوَضع الحملِ.

والْمُرادُ بالتَّنزُّه[3]: التَّباعُدُ عن مَظانِّ[4] الحُرمةِ؛ وهذا لأن الغُلامَ إن كان أوَّلَ[5]

=(١٧٥٤): عن داود، قال: قلت للشعبي: إن أبا موسى نهى يوم فتح تستر أن لا توطأ الحبالى، ولا يشارِكَ المشركون في أولادهم، فإن الماء يزيد في الولد، هو شيء قاله برأيه أو رواه عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فقال: نهى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يوم أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع، أو حائل حتى تستبرأ. انتهى.

وأوطاس: وادٍ بالطائف. «شرح مسلم» للنووي ٩/ ١٨٤، والحَيَالى عكس الحَبالى كما في رواية أبي داود المارّة.

(١) في (هـ): لأنه مقدر.

(٢) في (هـ): التنزيه.

(٣) في (هـ): بالتنزيه.

(٤) في (ب) و(هـ) و(ز): مكان.

(٥) في (أ) و(و): أولاً.

طَلُقت واحِدةً، وصارَت مُعتدّةً، وانقَضَت عِدّتُها بوَضع الجارِيةِ.

ولا يَقَعُ أُخرى به؛ لأنه لو وَقَع لوَقَع مع انقِضاءِ العِدّةِ، والطَّلاقُ لا يَقَعُ مع انقِضاءِ العِدّةِ؛ لأنه حالُ الزَّوالِ، والْمُزيلُ لا يَعمَلُ حالَ الزَّوالِ.

وإن ولَدَت الجارِيةَ أوّلًا طَلُقت ثِنتَين، وانقَضَت عِدّتُها بوَضع الغُلامِ، ثم لا يَقَعُ شيءٌ آخرُ به؛ لِما مرَّ أنه حالُ الانقِضاءِ، ففي حالٍ تَقَعُ طَلْقةٌ واحِدةٌ، وفي حالٍ تَقع طَلْقتان، فلا تَقعُ الثّانيةُ بالشّكّ.

والأَولى أن يُؤخَذَ بالثِّنتَين تنزُّهًا واحتِياطًا؛ لاحتِمال وُقوعِهما، حتى لو طَلَّقها واحِدةً قبلَ ذلك، وأَراد أن يَتزوَّجَها قبلَ زوجٍ آخرَ: فالأحوطُ أن لا يَتزوَّجَها؛ لجَواز أن تكونَ وِلادةُ الجارِيةِ أوّلًا، ووَقَعت عليها تَطليقتان، والعِدّةُ مُنقضِيةٌ بيَقينٍ؛ لِما بيَّنّا.

وإنما شُرِط الْمِلكُ لآخِر(ز) الشَّرطَين.

وإن قال لها: (إن كَلَّمتِ أَبا عمرٍو وأَبا يوسفَ فأنتِ طالِقٌ ثَلاثًا)، فطَلَّقها، فانقَضَت عِدّتُها، فكَلَّمت أَبا عمرٍو، ثم تَزوَّجها، فكَلَّمت أَبا يوسفَ: طَلُقت ثَلاثًا مع الواحِدةِ الأُولى.

والْمَسألةُ على أربَعة أوجُهٍ:

إما إن وُجِد الشَّرطان في الْمِلك، فيَقَعُ ما بَقِي من الثَّلاث إجماعًا.

أو وُجِدا في غَير الْمِلكِ، فلا يَقَعُ إجماعًا؛ لعَدَم المحَلِّيّةِ، والجَزاءُ لا يَنزِلُ في غَير الْمِلكِ.

أو وُجِد الأوّلُ في الْمِلك، والثّاني في غَير الْمِلكِ، فلا يَقَعُ إجماعًا أيضًا؛ لأن الجَزاءَ -وهو الطَّلاقُ- لا يَقعُ في غَير الْمِلكِ.

أو وُجِد الأوَّلُ في غَير الْمِلك، والثّاني في الْمِلك، فتَطلُقُ عندَنا، خِلافًا لزفرَ.

هو اعتَبَر الشَّرطَ الأوَّلَ بالثّاني؛ لاستِوائهما في تَوقُّف الجَزاءِ عليهما، فصارا كشرطٍ واحِدٍ.

واعتَبَره بالعِلّةِ إذا كانَت ذاتَ وَصفَين.

ثم الْمِلكُ شرطٌ عندَ وُجودِ الثّاني، فكذا عندَ الأوَّلِ.

ولنا: أن حالَ وُجودِ الشَّرطِ الأوَّلِ حالُ بَقاءِ اليَمينِ، فيَستَغني عن بَقاء الْمِلكِ كما قبلَ وُجودِ الشَّرطِ الأوَّلِ؛ فإن الْمِلكَ لم يُشترَط ثَمّ، حتى لو أَبانها بعدَ اليَمينِ، وانقَضَت العِدّةُ، ثم تَزوَّجها، ثم وُجِد الشَّرطان[1]: يَنزِلُ الجَزاءُ؛ لأن عَينَ الشَّرطِ لا تَفتقِرُ إلى الْمِلك؛ لصِحّته في غَير الْمِلكِ.

وإنما الْمِلكُ شرطٌ زَمانَ التَّعليقِ؛ ليكونَ[2] الجَزاءُ غالِبَ الوُجودِ عندَ وُجودِ الشَّرطِ باستِصحاب الحالِ؛ إذ اليَمينُ تُعقَدُ للحَمل أو المنعِ، وذا إنما يَكونُ إذا كان غالِبَ الوُجودِ عندَ وُجودِ الشَّرطِ وزَمانَ الجَزاءِ؛ ليَنزِلَ في الْمِلك.

وما بينَ ذلك حالُ بَقاءِ اليَمينِ، فلا يُشترَطُ فيه الْمِلكُ؛ إذ بَقاءُ اليَمينِ بمحَلِّه، وهو ذِمّةُ الحالفِ؛ لأن اليَمينَ تَصرُّفٌ من الحالِف في ذِمّة نفسِه بإِيجاب البِرِّ عليه.

وَزمانُ نُزولِ الجَزاءِ زَمانُ وُجودِ الشَّرطِ الثّاني، فلذا شُرِط له الْمِلكُ دونَ الأوَّلِ.

وإن قال لها: (أنتِ طالِقٌ ثَلاثًا إن دَخلْتِ الدّارَ)، ثم طَلَّقها ثِنتَين، ثم تَزوَّجت زوجًا آخرَ بعدَ انقِضاءِ العِدّةِ، فدَخَل بها، ثم رَجَعت إلى الزَّوج الأوَّلِ، فدَخَلَت الدّارَ: طَلُقت ثَلاثًا عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

---

(١) في (د): الشرط.

(٢) في (ب): فيكون.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هي طالِقٌ ما بَقي من الطَّلاق، وهو قولُ زفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

وأصلُه: أن الزَّوجَ الثّانيَ يَهدِمُ الطَّلْقةَ والطَّلْقتَين عندَهما، فتَعودُ إليه بالثَّلاث.

وعندَ محمدٍ وزفرَ والشّافعيِّ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: لا يَهدِمُ ما دونَ الثَّلاثِ[1]، فتَعودُ إليه بما بَقي.

ولا تَظهَرُ فائِدةُ الخِلافِ في هذه الْمَسألةِ؛ فإن الحُرمةَ الغَليظةَ تَثبُتُ فيها اتِّفاقًا[2] على اختِلاف التَّخريجِ، وإنما تَظهَرُ فيما إذا تَزوَّجها وأوقَع الواحِدةَ.. تَحرُمُ حُرمةً غَليظةً عندَهم، وعندَهما: لا تَحرُمُ حُرمةً غَليظةً.

وسنُقَرِّرُ الْمَذهبَين في باب الرَّجعةِ إن شاء اللهُ تَعالى.

يُبطِلُ تَنجيزُ(ن) **الثَّلاثِ تَعليقَه**[3].

وإن قال لها: (إن دَخلْتِ الدّارَ فأنتِ طالِقٌ ثَلاثًا)، ثم طَلَّقها ثَلاثًا، ثم عادَت إليه بعدَ زوجٍ آخرَ، فدَخلَت الدّارَ: لم يَقَع شيءٌ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَقَعُ الثَّلاثُ؛ لأن الْمُعلَّقَ بالشَّرط ثَلاثُ تَطليقاتٍ مُطْلَقًا؛ لإطلاق اللَّفظِ، وقد بَقي احتِمالُ الوُقوعِ بعدَ تَنجيزِ الثَّلاثِ، فتَبقى اليَمينُ.

---

(١) قوله: (ما دون الثلاث) مثبت من (هـ).

(٢) في (ب): اختلافًا.

(٣) فلو عَلَّقها بشرطٍ ثم نَجَّزها قبل وُجودِه، ثم تَزوَّجها بعد التَّحليل، فوُجِد: لا يَقَع شيءٌ. «الملتقى» ٢/ ١٢٠.

وإنما لم يقل: والتنجيز يبطل التعليق: لأن تنجيز ما دون الثلاث لا يبطل التعليق، فلا حاجة إلى قوله: لا تنجيز ما دونها، كما قيل، بل هو مستدرك.

وإذا بَقِيَت اليمينُ نَزَل الجَزاءُ عندَ الشَّرطِ؛ لأن الشَّرطَ وُجِد في الْمِلك بعدَ صِحّةِ اليَمينِ، وتخلُّلُ زَوالِ الحِلِّ لا يُخِلُّ كما لا يُخِلُّ تخَلُّلُ[1] زَوال الْمِلكِ.

وكيف يُبطِلُ التَّنجيزُ التَّعليقَ[2] وما صادَفه التَّنجيزُ غيرُ ما صادَفه التَّعليقُ؟! لأن ما صادَفه التَّنجيزُ طَلاقٌ، وما صادَفه التَّعليقُ ما سيَصيرُ طَلاقًا.

ولنا: أن الجَزاءَ طَلَقاتُ هذا الْمِلكِ؛ لأن اليَمينَ إنما تَنعقِدُ لطَلاقٍ يَصلُحُ[3] جَزاءً، والذي يَصلُحُ جَزاءً طَلاقٌ يَحصُلُ به مَقصودُ الحالِفِ باليَمين، وهو المنعُ عن تَحصيل الشَّرطِ، أو الحملُ على تَحصيل الشَّرطِ، وهذا الْمَقصودُ إنما يَحصُلُ بما يَغلِبُ وُجودُه عندَ الشَّرطِ.

وطَلَقاتُ هذا الْمِلكِ اتَّصفت بهذه الصِّفةِ؛ لكَونها مَوجودةً، والظّاهرُ بَقاؤُها عندَ الشَّرطِ، فيَحصُلُ مَعنى التَّخويفِ، فيَقَعُ[4] الحملُ أو المنعُ.

أما طَلَقاتُ مِلكٍ سيُوجَدُ: يَندُرُ وُجودُه عندَ الشَّرطِ، فلا يَصلُحُ[5] جَزاءً في يَمينه، فلا يَتناوَلُها[6] مُطلَقُ التَّعليقِ؛ لأن مُطلَقَ التَّعليقِ إنما يَصِحُّ فيما يَصلُحُ جَزاءً لا فيما لا يَصلُحُ.

فإذا ثَبَت تَقييدُ الجَزاءِ بطَلَقات هذا الْمِلكِ وقد فاتَت[7] بالتَّنجيز.. فتَبطُلُ اليَمينُ

---

(١) وقع في النُّسَخ عند هذه الجملة اختلاف في مواضع الخاء والحاء، وكل نسخة تختلف عن الأخرى.

(٢) في (أ) و(و) و(ز): والتعليق.

(٣) في (ج) و(هـ): للطلاق الذي يحصل.

(٤) في (ب): فبقي.

(٥) في (هـ): فلا يحصل.

(٦) في (ب) و(ج) و(هـ): فلا يتناوله.

(٧) في (ب): فات، وفي (ز): بانت.

ضَرورةً؛ لأن بَقاءَ اليَمينِ بالشَّرط والجَزاءِ.

ولو فات محَلُّ الشَّرطِ تَبطُلُ اليَمينُ، بأن قال: (إن كَلَّمتُ فُلانًا فامرَأتُه[1] طالِقٌ)، فمات فُلانٌ، فإذا بَطَل محَلُّ الجَزاءِ وَجَب أن تَبطُلَ اليَمينُ.

فإن قِيل: أليس أنه لو قال لعَبده: (إن دَخَلْتَ الدّارَ فأنت حُرٌّ)، فباعَه، ثم اشتَراه، فدَخَل الدّارَ: فإنه يَعتِقُ؟

ولو طَلَّقها ثِنتَين في مَسألتنا، ثم عادَت إليه بعدَ إصابةِ زوج آخرَ، فدَخلَت الدّارَ: تَطلُقُ ثَلاثًا، ولو تَقيَّد الجَزاءُ بذلك الْمِلكِ لَمَا عَتَق في الْمَسألة الأُولى، ولَمَا طَلُقت ثَلاثًا هنا، بل وَقَعت واحِدةٌ.

قُلنا: العبدُ بصِفة الرِّقِّ محَلٌّ للعَتق، وبالبَيع لم تَفُت تلك الصِّفةُ، حتى لو فات[2] بالعَتق لم تَبقَ اليَمينُ، وإذا طَلَّقها ثِنتَين فالمحَلُّ باقٍ؛ إذ المحَلِّيّةُ باعتِبار صِفةِ الحِلِّ، وهي قائِمةٌ بعدَ الثِّنتَين، فتَبقى اليَمينُ.

وقد استَفاد من جِنس ما انعقَد[3] عليه اليَمينُ، فسَرى إليه حُكمُ اليَمينِ تبعًا، وإن لم تَنعقِد اليَمينُ عليها قصدًا.

عَلَّق الثَّلاثَ أو العِتقَ بالوَطء: لم يَجِب العُقرُ(س)[4] باللُّبث، ....

---

(١) في (هـ): فامرأتي.

(٢) في (ز): فاتت.

(٣) في (هـ): انعقدت، وفي (و): من عقد.

(٤) العُقر: صداق المرأة إذا وطئت بشبهة. «المغرب» ص٣٢٣.

العقر بالضم: دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها، ثم كثر حتى استعمل في المهر. «التوقيف» ص٢٤٤.

ولم(1) يَصِر مُراجِعًا(س) في الرَّجعيِّ به.

ولو قال لامرأته: (إذا جامعتُكِ فأنتِ طالِقٌ ثلاثًا(2))، فجامَعها، فلما التقى الخِتانان لَبِث ساعةً: لم يَجِب عليه العُقرُ، وإن أخرَجه ثم أدخلَه: وَجَب عليه العُقرُ.

وكذا إذا قال لأمته: (إذا جامَعْتُكِ فأنتِ حُرّةٌ).

وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه أوجَب المهرَ في اللُّبث أيضًا؛ لوُجود الجِماعِ معنًى بعدَ ثُبوتِ الطَّلَقاتِ الثَّلاثِ والحُرِّيّةِ؛ إذ مَعنى الجِماعِ حُصولُ الالتِذاذِ بمُماسّة الفَرجَين، وقد وُجِد.

إلا أنه لا يَجِبُ الحدُّ: لأن الْمَقصودَ واحِدٌ، وهو قَضاءُ الشَّهوةِ، فكان الجِماعُ واحِدًا من وجهٍ، وأوّلُه غيرُ مُوجِبٍ للحدّ، فامتَنَع الحدُّ، فوَجَب العُقرُ؛ إذ البُضعُ الْمُحترَمُ لا يُصابُ(3) إلا بضَمانٍ جابِرٍ(4) أو بحدٍّ زاجِرٍ.

وجهُ ظاهرِ الرِّوايةِ: أن الجِماعَ إدخالُ الفرجِ في الفَرج، ولم يُوجَد ذلك بعدَ الطَّلَقاتِ والعَتقِ؛ لأن الإدخالَ لا دَوامَ له حتى يَكونَ لدَوامه حُكمُ الابتِداءِ، ولهذا لو قال: (إذا أدخَلْتُ(5) دابّتي في الإصطَبل فكذا)، وكانَت دابّتُه فيه، فأمسَكها فيه: لا يَحنَثُ.

= العقر بالضم: مقدار أجرة الوطء لو كان الزنى غير موجب للحد، كالوطء بشبهة، وهي عُشر مهر مثلها. «التعريفات الفقهية» ص١٤٩.

وسمي العُقر عُقرًا: لأنه يجب على الواطئ، يعقر بكارتها أي: يجرحه. «الأنيس» ص٥٣.

(1) في (ع): ولو لم.

(2) سقطت من (ب).

(3) في (ز): يصان.

(4) في (هـ): جائر، وفي (ز): جائز، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(5) في (هـ) و(ز): دخلت.

بخِلاف ما إذا أخرَج ثم أدخَل؛ لأنه وُجِد الجِماعُ، وهو إدخالُ الفرجِ في الفَرج بعدَ الحُرمةِ الغَليظةِ والحُرِّيَةِ، إلا أنه لا يَجِبُ الحدُّ لشُبهة الاتِّحادِ؛ نظَرًا إلى اتِّحاد الْمَجلِسِ، والْمَقصودِ وهو قَضاءُ الشَّهوةِ، وإذا لم يَجِب الحدُّ وَجَب العُقرُ؛ لِما مرّ.

ولو كان الطَّلاقُ رَجعيًا، فلَبِث ساعةً: صار مُراجِعًا عندَ أبي يوسفَ، لوُجود الْمِساسِ، وهو القِياسُ.

وعندَ محمدٍ: لا يَصيرُ مُراجِعًا؛ لأن الدَّوامَ ليس بتَعرُّضٍ للبُضع.

ولو أخرَج ثم أدخَل: صار مُراجِعًا بالإجماع؛ لوُجود الجِماعِ.

(إن نكَحتُها عليكِ فهي طالِقٌ)، فنكَح عليها في عِدّة البائِنِ: لا تَطلُقُ.

ولو قال: (إن تَزوَّجتُ عليكِ فالتي أتزوَّجُ طالِقٌ)، فطَلَّق امرأتَه طَلاقًا بائِنًا، ثم تَزوَّج امرَأةً أُخرى في عِدّتها: لا تَطلُقُ؛ لأن الشَّرطَ لم يُوجَد؛ لأن التَّزوُّجَ عليها أن يُدخِلَ عليها من يُنازِعُها[1] في الفِراش، ويُزاحِمُها في القَسْم، ولم يُوجَد.

(أنتِ طالِقٌ إذا نكَحتُكِ قبلَ أن أنكِحَكِ)، أو (قبلَ أن تُخلَقي)، أو (أنتِ طالِقٌ قبلَ أن أنكِحَكِ إذا نكَحتُكِ)، أو (قبلَ أن تُخلَقي إذا نكَحتُكِ): تَطلُقُ إن نكَحها.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ إذا تَزوَّجتُكِ قبلَ أن أتزوَّجَكِ)، فتَزوَّجها: طَلُقت؛ لأنه أضاف الطَّلاقَ إلى وَقتَين ليس بينَهما حرفُ العطفِ، فيَقَعُ في أوَّلِهما، ويَبطُلُ الثّاني، كما لو قال: (أنتِ طالِقٌ اليومَ غدًا)، فكذا هنا (إذا تزوَّجتُكِ) وقتٌ، و(قبلَ أن أتزوَّجَكِ) وقتٌ أيضًا، فصحَّ أوَّلُهما، وبَطَل الثّاني.

ونَظيرُه: (أنتِ طالِقٌ إذا تَزوَّجتُكِ قبلَ أن تُخلَقي): طَلُقت حينَ تَزوَّجها، وبَطَل

(١) في (ج): تنازعها.

قولُه: (قبلَ أن تُخلقي).

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ قبلَ أن أتزوَّجَكِ إذا[1] تزوَّجتُكِ) أو (متى تزوَّجتُكِ): طَلُقت إذا تزوَّجها؛ لأن قولَه: (قبلَ أن أتزوَّجَكِ) تَناوَل الحالَ؛ ألا ترى أنه لو قال: (أنتِ طالِقٌ قبلَ أن تَدخُلي الدّارَ)، أو (قبلَ قُدومِ فُلانٍ): يَقَعُ في الحال، فصار ذِكرُه وعدَمُه سَواءً.

ولو أطلَقه تَعلَّقَ[2] بالتَّزوُّج وصحّ، كذا هنا، وهو كمن قال: (أنتِ طالِقٌ السّاعةَ إن دَخلْتِ الدّارَ)، أو (أنتِ طالِقٌ السّاعةَ إن تَزوَّجتُكِ)، قاله لأجنبيّةٍ، فتَزوَّجها: طَلُقت؛ لِما قُلنا.

ونَظيرُه: (أنتِ طالِقٌ قبلَ أن تُخلَقي إذا تَزوَّجتُكِ): طَلُقت إذا تَزوَّجها.

وبَطَل قولُه: (قبلَ أن تُخلَقي) بالشَّرط الذي بعدَه.

وفي (إذا نكَحتُكِ فأنتِ طالِقٌ قبلَ أن أنكِحَكِ)، أو (قبلَ أن تُخلَقي): لا(س).

ولو قال لها: (إذا تَزوَّجتُكِ فأنتِ طالِقٌ قبلَ أن أتزوَّجَكِ)، فتزوَّجها: لا يَقَعُ عندَ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسفَ رَحِمَهُٱللَّهُ: يَقَعُ؛ اعتِبارًا بما مرّ.

ولهما: أن التَّزوُّجَ شرطٌ، فيَصيرُ قائِلًا عندَ التَّزوُّجِ: (أنتِ طالِقٌ قبلَ أن أتزوَّجَكِ)، فلا يَقَعُ.

ونَظيرُه: (إذا تَزوَّجتُكِ فأنتِ طالِقٌ قبلَ أن تُخلَقي)، فتَزوَّجها: لم تَطلُق، كأنه قال بعدَ التَّزوُّجِ: (أنتِ طالِقٌ قبلَ أن تُخلَقي).

(نكَحتُكِ على أنكِ طالِقٌ): صحّ، ولم يَقَع.

---

(١) في (هـ): أو إذا.

(٢) في (هـ): يقع.

رَجُلٌ تزوَّج امرَأةً على أنها طالِقٌ: صحَّ النِّكاحُ، ولا تَطلُقُ؛ لأنه جَعَل الطَّلاقَ عِوَضًا، فصار مُقارِنًا للنِّكاح، والطَّلاقُ الْمُقارِنُ لا يَقعُ؛ لأنه صادَفها وهي أجنبيَّةٌ.

عَلَّقَ طَلاقَ امرَأةٍ بشرطٍ، فأَجاز زوجُها: يَنعقِدُ، ويَقعُ بدُخولٍ مُستقبَلٍ.

ولو قال رَجُلٌ لامرَأة رَجُلٍ: (إن دَخَلْتِ الدّارَ فأنتِ طالِقٌ)، فبلَغه، فأَجازه: صحّ؛ لأنه عقدٌ تفرَّد الزَّوجُ بإيجابه، فتوقَّف على إِجازته، فإن دَخَلَت بعدَ الإجازةِ طَلُقت، وإن كانَت دَخَلَت قبلَ ذلك لم تَطلُق؛ لأن الشَّرطَ وُجِد قبلَ اليمينِ.

قال لآخَرَ: (بلَغني أن امرَأتي تَخرُجُ من البيت، فاكتُب في ذلك)، فكَتَب: (إن خَرَجْتِ فأنتِ طالِقٌ)، فخَرَجت قبلَ أن يَقرَأَ على الزَّوج، ثم قَرَأ: لا يَقعُ إلا بخُروجٍ بعدَه.

رَجُلٌ قال لآخَرَ: (بلَغني أن امرَأتي تَخرُجُ من الدّار وأنا غائِبٌ، وأُرِيدُ أن أُحذِّرَها، فاكتُب كِتابًا)، فكَتَب: (أما بعدُ، فإن خَرَجْتِ من الدّار فأنتِ طالِقٌ)، فخَرَجَت قبلَ أن يُقرأَ على الزَّوج، ثم قُرِئ، فأَجاز: لا يَقعُ بذلك الخُروجِ؛ لأنه لم يَأمُره بكِتابة الطَّلاقِ، فكان فُضوليًّا فيه، فتَنعقِدُ اليمينُ عندَ الإجازةِ.

(كُلَّما نكَحتُكِ فأنتِ طالِقٌ)، فنكَحها في يومٍ ثلاثًا، ووَطِئ بكلِّ عقدٍ: طَلُقت ثِنتَين، ويَجِبُ مَهرانِ[م] ونِصفٌ.

ولو قال: (كُلَّما نكَحْتك فأنتِ طالِقٌ)، فنكَحها في يومٍ ثلاثَ مرّاتٍ، ووَطِئها في كلِّ مرّةٍ: طَلُقت طَلْقتَين، وعليه مَهران ونِصفٌ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بانَت بثَلاث تطليقاتٍ، وعليه مُهورٌ أربعةٌ ونِصفٌ؛ لأنه لما نكَحها أوَّلًا وَقَع طَلاقٌ قبلَ الدُّخولِ، ووَجَب نِصفُ المهرِ، وبالدُّخول بعدَه يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ؛ للشُّبهة.

فإذا نكَحها ثانيًا صحّ، ووَقَع طَلاقٌ آخرُ قبلَ الدُّخولِ، فيَجِبُ نِصفُ مهرٍ آخرَ، فإذا دَخَل بها يَجِبُ مهرٌ آخرُ.

فإذا نكَحها ثالِثًا طَلُقت ثَلاثًا قبلَ الدُّخولِ بها أيضًا، ويَجِبُ نِصفُ المهرِ، ثم بالدُّخول يَجِبُ مهرٌ آخرُ؛ للشُّبهة.

فطَلُقت ثَلاثًا؛ لوُجود الشَّرطِ ثَلاثَ مرّاتٍ، ووَجَب بكلِّ نِكاحٍ نِصفُ مهرٍ، وبكلِّ دُخولٍ مهرٌ، فصار أربَعةَ مُهورٍ ونِصفَ مهرٍ.

ولهما: أنه لَمّا تَزوَّجها أوَّلًا طَلُقت، ويَجِبُ نِصفُ الْمُسمّى، فإذا دَخَل بها يَجِبُ مهرُ الْمِثلِ؛ للشُّبهة.

فإذا نكَحها ثانيًا يَقَعُ طَلْقةٌ رَجعيّةٌ؛ لأنها بعدَ الدُّخولِ عندَهما؛ إذ الدُّخولُ في النِّكاح الأوَّلِ دُخولٌ في النِّكاح الثّاني عندَهما، على ما سيَجيءُ إن شاء اللهُ تَعالى، فيَجِبُ مهرٌ تامٌّ، فإذا دَخَل بها بعدَه صار مُراجِعًا.

فلما نكَحها ثالِثًا لم يكن نِكاحًا؛ لأن الْمَنكوحةَ لا تُنكَحُ، فلا يَقَعُ الطَّلاقُ الثّالثُ، فكان الواقِعُ طَلاقَين لا غيرُ، فيَجِبُ عليه نِصفُ مهرٍ بالطَّلاق الأوَّلِ، ومهرٌ بالدُّخول الأوَّلِ، ومهرٌ بالنِّكاح الثّاني.

ولو زاد (بائِنًا): بانَت بثَلاثٍ، ويَجِبُ خَمسةُ مُهورٍ[م] ونِصفٌ.

ولو قال: (كُلّما نكَحتُكِ فأنتِ طالِقٌ بائِنٌ[1])، فنكَحها ثَلاثَ مرّاتٍ في يومٍ، ووطِئ في كلِّ مرّةٍ: بانَت بثَلاثٍ إجماعًا، وعليه خَمسةُ مُهورٍ ونِصفُ مهرٍ؛ لأنه لَمّا نكَحها أوَّلًا طَلُقت قبلَ الدُّخولِ، ووَجَب نِصفُ المهرِ، ويَجِبُ بالدُّخول بعدَه مهرٌ.

---

(١) في (هـ): ثانيًا.

وبالنِّكاح الثّاني يَجِبُ مهرٌ كامِلٌ؛ لأنه طَلاقٌ بعدَ الدُّخولِ، ويَجِبُ مهرٌ آخرُ بالدُّخول بعدَه؛ لأن الطَّلاقَ بائِنٌ، فلم يَصِر مُراجِعًا.

وبالنِّكاح الثّالثِ طَلُقت ثَلاثًا، ووَجَب مهرٌ تامٌّ؛ لأنه طَلاقٌ بعدَ الدُّخولِ، ثم بالدُّخول يَجِبُ مهرٌ آخرُ، فصارَت الْمُهورُ خمسةً ونِصفًا.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أربَعةُ مُهورٍ ونِصفُ مهرٍ، كما في الْمَسألة الأُولى؛ لأن كلَّ طَلاقٍ عندَه قبلَ الدُّخولِ.

(إن نَكَحتُ زَينبَ بعدَ عَمْرَةَ)، أو (معها)، أو (عليها).. (فهما طالِقتان): طَلُقتا عندَ الشَّرطِ.

ولو قال رَجُلٌ: (إن تَزَوَّجْتُ زينبَ بعدَ عَمْرةَ فهما طالِقان)، فتَزَوَّجهما كذلك، أو قال: (مع عَمْرَةَ)، فتَزَوَّجهما معًا، أو قال: (على عَمْرَةَ)، فتَزوَّج زينبَ بعدَ تَزوُّجِ عَمْرَةَ، وعَمْرةُ في نِكاحه: طَلُقتا في هذه الوُجوهِ؛ لأنه أَضاف الطَّلاقَ إلى نِكاحهما.

أما في حقِّ زينبَ: فظاهِرٌ، وكذا في حقِّ عَمْرةَ؛ لأن تَزوُّجَ زينبَ بعدَ عَمْرةَ لا يَكونُ إلا بعدَ سَبْقِ نِكاحِ عَمْرةَ.

وكذا نِكاحُ زينبَ مع عَمْرةَ لا يُتصوَّرُ إلا بوُجود نِكاحِ عَمْرةَ؛ لأن (مع) للقِران، فيَقتَضي وُجودَهما.

وكذا نِكاحُ زينبَ على[1] عَمْرةَ لا يُتصوَّرُ إلا بعدَ وُجودِ نِكاحِ عَمْرةَ، فصار نِكاحُ عَمْرةَ مَذكورًا دَلالةً بهذه القَرائنِ، فصَحَّت إضافةُ الطَّلاقِ إليه.

ولو تَزوَّجهما[2] على خِلاف ما ذُكِر لم تَطلُقا؛ لعَدَم الشَّرطِ.

---

(١) في (ز): مع.

(٢) في (هـ): تزوجها.

وفي (قبل): طَلُقت الأُولى فقط، ولم يُشترَط الجمعُ.

ولو قال: (إن تَزَوَّجتُ زينبَ قبلَ عَمْرةَ فهما طالِقان)، فتزوَّج زينبَ: طَلُقت.

ولا يَتوقَّفُ على تَزوُّج عَمْرةَ؛ لأن القَبْليّةَ المُطلَقةَ لا تَقتَضي وُجودَ ما بعدَها، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ ءَامِنُواْ بِمَا نَزَّلْنَا مُصَدِّقًا لِّمَا مَعَكُم مِّن قَبْلِ أَن نَّطْمِسَ وُجُوهًا﴾ [النِّسَاء: ٤٧]، وصحَّ[١] الإيمانُ قبلَ الطَّمسِ، ولا يتوقَّفُ على وُجوده بعدَه[٢]، بل الإيمانُ يُفيدُ الأمانَ عنه.

ولا تَطلُقُ عَمْرةُ إذا نكَحها؛ لأنه لم يَصِر مَذكورًا[٣] نصًّا ودَلالةً.

وفي (قُبَيل): شُرِط الجمعُ بالفَور، وطَلُقت الأُولى فقط.

ولو قال: (قُبَيلَ عَمْرةَ)، فنكَح زينبَ: لا تَطلُقُ ما لم يَتزوَّج عَمْرةَ بعدَه على الفَور؛ لأن (قُبَيلَ) لتَقريب زَمانِ تَقدُّمِ نِكاحِ زينبَ على نِكاح عَمْرةَ، فيَستَدعي وُجودَ نِكاحِ عَمْرةَ بعدَه على الفَور.

لكن إن تَزوَّج عَمْرةَ بعدَه على الفَور لا تَطلُقُ عَمْرةُ، وطَلُقت زينبُ؛ لأن تَزوُّجَ عَمْرةَ وإن صار مَذكورًا دَلالةً.. لكنَّ الجزاءَ -وهو طَلاقُهما- يَنزِلُ مُقارِنًا لِنكاح عَمْرةَ؛ لكَونه مُوجَدًا[٤] للشَّرط، فلا يَقَعُ.

(إن مات مَولاكِ فأنتِ طالِقٌ)، فمات، والزَّوجُ وارِثُه: يَقَعُ(م).

رَجُلٌ تَزوَّج أمةَ غيرِه، ثم قال لها: (إن مات مَولاكِ فأنتِ طالِقٌ ثِنتَين)، فمات

(١) في (أ): فصح.

(٢) في (ب): بعد الإيمان.

(٣) في (ج) و(هـ): لأنها لم تصر مذكورة.

(٤) في (ز): موحدًا.

الْمَولى، والزَّوجُ وارِثُه: وَقَع الطَّلاقُ، ولم تَحِلّ له حتى تَنكِحَ زوجًا غيرَه عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَقَعُ الطَّلاقُ؛ لأن موتَ الْمُورِّثِ سببُ الْمِلكِ، فصار تَعليقُ الطَّلاقِ به تَعليقًا بالْمِلك، فلا يَصِحُّ.

ولهما: أن الموتَ سببُ الْمِلكِ بعدَ الاستِغناءِ، فصار حالةُ وُقوعِ الطَّلاقِ قبلَ حالةِ الْمِلكِ، فلاقاها وهي مَنكوحةٌ، فيَقَعُ.

قال لِمَوطوءته: (أنتِ طالِقٌ للسُّنّة): لا يَقَعُ إلا في طُهرٍ خالٍ عن الطَّلاقِ والوطءِ، بعدَ حيضٍ مِثلِه، فلو حاضَت، وطَهُرت، فادَّعى الوطءَ أو الطَّلاقَ في الحَيض: لا يُقبَلُ، ويَقَعُ آخَرُ بإقراره، ولو ادَّعى وهي حائِضٌ: صُدِّق.

ولو قال لامرَأته الْمَوطوءةِ: (أنتِ طالِقٌ للسُّنّة): لا يَقَعُ إلا في طُهرٍ خالٍ عن الطَّلاق والوطءِ، عَقيبَ حيضٍ خالٍ عن الطَّلاق والوطءِ؛ لما مرّ.

فإذا حاضَت وطَهُرت، فادَّعى الزَّوجُ جِماعَها أو طَلاقَها في الحَيض: لا يُقبَلُ قولُه في مَنع وُقوعِ الطَّلاقِ السُّنِّيِّ.

لأن الأصلَ: أن الزَّوجَ متى أَضاف الطَّلاقَ إلى وقتٍ، وجاء ذلك الوقتُ: يَقَعُ الطَّلاقُ ظاهِرًا؛ لأن الطَّلاقَ الْمُضافَ إلى وَقتٍ سببٌ في الحال، وإنما تَراخى حُكمُه إلى مَجيءِ ذلك الوقتِ، فإذا جاء ذلك الوقتُ فقد وَقَع الطَّلاقُ ظاهِرًا؛ نظَرًا إلى السَّبَب.

فدَعوى الطَّلاقِ أو الجِماعِ بعدَ ذلك دَعوى المانِعِ، فلا يُقبَلُ قولُه في مَنع وُقوعِ الطَّلاقِ في الطُّهر، لكن يَقَعُ طَلاقٌ آخرُ بإقراره بالطَّلاق في الحَيض.

وإن ادَّعى الطَّلاقَ أو الجِماعَ وهي حائِضٌ: صُدِّقَ؛ لأنه أخبَر بما يَملِكُ إنشاءَه.

(إن لم أجامعك في حيضك فأنت طالق)، فطهرت، فادعى الوطء في الحيض: لا يقع.

ولو قال: (إن لم أجامعك في حيضك فأنت طالق)، فحاضت وطهرت، فادعى الجماعَ في الحيض: لا تطلقُ[1]؛ لأنه علّق الطّلاق بصريح الشّرطِ، والمُعلّق بالشّرط إنما ينعقدُ سببًا عندَ الشّرطِ؛ لِما عُرِف، فإذا أنكر الشّرطَ فقد أنكر السّبَبَ، فيُقبلُ قولُه.

نَظيرُهما: (واللهِ لا أقربُكِ أربعةَ أشهرٍ)، و(إن لم أقربكِ أربعةَ أشهرٍ)، واختلَفا بعدَ مُضيِّها.

وكذا لو قال: (واللهِ لا أقربُكِ أربعةَ أشهرٍ)، فمَضت الْمُدّةُ، ثم ادَّعى قِربانَها في الْمُدّة: لا يُقبلُ؛ لأن الإيلاءَ سببٌ في الحال، لكن تَراخى وُقوعُ الطّلاقِ إلى مُضيِّ الْمُدّةِ، وقد مَضت الْمُدّةُ، ووَقع ظاهِرًا، فدَعوى القِربانِ في الْمُدّة دَعوى المانعِ، فلا تُقبلُ.

ولو ادَّعى القِربانَ قبلَ مُضيِّ الْمُدّةِ[2] يُقبلُ قولُه؛ لأنه لم يَقع الطّلاقُ بعدُ، وقد أخبَر عما يَملِكُ إنشاءَه، فيُقبلُ قولُه.

ولو قال: (إن لم أقرَبْكِ في أربَعة أشهُرٍ فأنتِ طالِقٌ)، فمَضت الْمُدّةُ، ثم ادَّعى القِربانَ في الْمُدّة: لا يَقعُ؛ لأنه علّق الطّلاقَ بصَريح الشّرطِ، فمتى أنكر الشّرطَ فقد أنكر السّبَبَ، فيُقبلُ قولُه.

(عَبدي حُرٌّ إن طَلّقتُكِ)، فخيَّرها، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي في مَجلِسي)، وادَّعى الإعراضَ قبلَه، وأنكَرت: وَقَعا.

وإن قال: (عبدُه حُرٌّ إن طَلّقتُكِ)، ثم خيَّرها، فقالَت: (اختَرتُ نَفسي في الْمَجلِس)، وادَّعى أنكِ أخذتِ بعمَلٍ آخرَ قبلَ الاختيارِ، وأنكرت: وَقع الطّلاقُ والعَتقُ؛ لأن سببَ

---
(١) في (ب): لا يقع.

(٢) في (د): قبل العدة.

الطَّلاقِ وُجِد، فالظّاهرُ وُقوعُه، فدَعواه الإعراضَ دَعوى الْمُبطِلِ، فلا تُقبَلُ، وإذا ثَبَت الطَّلاقُ ثَبَت العَتقُ؛ لِبنائه عليه.

وفي (إن لم تَشتغِلي بعَمَلٍ آخَرَ فعَبدي حُرٌّ): لا يَعتِقُ، وتَطلُقُ.

وإن قال: (عبدُه حُرٌّ إن لم تَشتَغلي[1] بعمَلٍ آخرَ)، فادَّعى الاشتِغالَ[2] بعمَلٍ آخرَ قبلَ الاختِيارِ: لا يَعتِقُ؛ لأنه أنكَر شرْطَ العَتقِ، وتَطلُقُ[3]؛ لِما مرّ.

باع بالخِيار، فقال: (إن تمَّ البيعُ فكذا)، ومَضَت مُدّتُه، فادَّعى النَّقضَ فيها: لا تُقبَلُ، وحَنِث، وفي (إن لم أنقُض): لا يَحنَثُ، وثَبَت الْمِلكُ.

ولو باع عبدَه بالخِيار ثَلاثَةَ أيّامٍ للبائِع، ثم قال: (إن تمَّ البيعُ بينَنا فعبدُه[4] حُرٌّ)، فمَضَت مُدّةُ الخِيارِ، ثم ادَّعى النَّقضَ في الْمُدّة: لا يُقبَلُ، وثَبَت الْمِلكُ والعَتقُ؛ لأن الْمُدّةَ إذا مَضَت فالظّاهرُ ثُبوتُ الْمِلكِ؛ نظَرًا إلى السَّبَب، وإذا ثَبَت الْمِلكُ ثَبَت العَتقُ.

ولو قال: (إن لم أنقُض البيعَ في الثَّلاث فعبدُه[5] حُرٌّ)، فادَّعى النَّقضَ بعدَه: لم يَعتِق؛ لإنكاره شرْطَ العَتقِ، والْمِلكُ ثابِتٌ؛ لِما مرّ.

(إن حِضتِ فعَبدي حُرٌّ، وضَرّتُكِ طالِقٌ)، فأخبرَت به، وصدَّقها[6]: وَقَعا من حينَ رَأت إن استَمرَّ ثَلاثًا، ويَجِبُ أَرْشُ[7] الحُرِّ بالجِنايةِ زَمَنَ التَّوقُّفِ، وهو للعَبد، ومُنِع مِن

(١) في (ز): يشتغل.

(٢) أي اشتغالها هي.

(٣) في (هـ): وبطل.

(٤) في (هـ): فعبدي.

(٥) في (ز): فعبدي.

(٦) في (م): وصدقتها.

(٧) أرْش الجراحة: دِيَتُها، والجمع أُروش، مثل فَلْس وفُلوس، وأصله الفساد، يقال: أَرَّشتَ =

وَطئها، واستِخدامِه، ونَفَذ نِكاحُ ضَرّتِها إن لم يَطَأها.

ولو قال: (إن حِضتِ فعَبدي حُرٌّ، وضَرّتُكِ طالِقٌ)، فقالَت: (حِضتُ)، وكَذَّبها الزَّوجُ: لا يَقعُ الطَّلاقُ والعَتقُ، ولو عَلَّق طَلاقَها به يَقعُ؛ لِما مرّ.

فإن صَدَّقها، وتَمادى الدَّمُ ثَلاثةَ أيّامٍ: عَتَق وطَلُقت من حينَ رَأت، حتى يَكونُ حُكمُ جِنايةِ العبدِ على غَيره، وحُكمُ جِنايةِ الغيرِ عليه.. حُكمَ جِنايةِ الأحرارِ.

ويُمنَعُ الزَّوجُ عن وَطء الْمَرأةِ واستِخدامِ العبدِ في الثَّلاثة[1]؛ لاحتِمال التَّمادي ثَلاثةَ أيّامٍ.

فلو قالَت في الثَّلاث: (انقَطَع دَمي)، وصَدَّقها: لم يَعتِق، ولم تَطلُق ضَرّتُها، وبعدَه لم يُقبَل في حقِّهما[2].

وكذا لو تَزوَّجت الضَّرّةُ بزوجٍ آخرَ، وهي غيرُ مَوطوءةٍ، وتَمادى ثَلاثةَ أيّامٍ: جاز نِكاحُها، وقبلَ تَمامِ ثَلاثةِ أيّامٍ القولُ قولُها في انقِطاع الدَّمِ وبَقائِها، حتى لو قالَت في الثَّلاث: (انقَطَع دَمي)، وصَدَّقها: لم يَعتِق، ولم تَطلُق ضَرّتُها، وظَهَر بُطلانُ نِكاحِ الضَّرّةِ.

وإن كان الظّاهرُ دَوامَ الدَّمِ في أيّامها.. إلا أن الظّاهرَ لا يَصلُحُ لإثبات أمرٍ لم يكن.

وإن قالَت بعدَ مُضِيِّ الثَّلاثِ: (انقَطَعت[3] دَمي في الثَّلاث)، وصَدَّقها الزَّوجُ،

= بين القوم تأريشًا: إذا أفسدتَ، ثم استعمل في نقصان الأعيان؛ لأنه فساد فيها، ويقال: أصله هرش. «المصباح» ١/ ١٢.

(١) في (ز): الثلاث.

(٢) في (ف): حقها.

(٣) في (ز): انقطع.

وكَذَّبها العبدُ والضَّرّةُ: فالقولُ للعَبد والضَّرّةِ؛ لأنه وَقَع الطَّلاقُ والعَتقُ ظاهِرًا بمُضِيِّ الثَّلاثِ، وصحَّ نِكاحُ الضَّرّةِ، فلم يُصدَّقا في إبطال ما ثَبَت ظاهِرًا.

قالَت: (حِضتُ)، وصَدَّقها، ثم قالَت: (الطُّهرُ قبلَه كان عَشرةً): لم تُصدَّق، وفي (رَأيتُ الدَّمَ): صُدِّقت.

وإن قالَت: (حِضتُ)، وصَدَّقها الزَّوجُ، ثم قالَت: (كان الطُّهرُ قبلَ الدَّمِ عشرةَ أيّامٍ): لم تُصدَّق؛ لأن الإقرارَ بالحَيض إقرارٌ بتَقدُّم طُهرٍ كامِلٍ، فلا يُعتبَرُ رُجوعُها.

ولو قالَت: (رَأيتُ الدَّمَ)، ثم قالَت: (الطُّهرُ قبلَ الدَّمِ عشَرةُ أيّامٍ): صُدِّقت؛ لأن الإقرارَ برُؤية الدَّمِ ليس بإقرارٍ بتَقدُّم طُهرٍ كامِلٍ؛ لأنه ليس من ضَروراتها، بخِلاف الحيضِ.

وإن قال الزَّوجُ: (كان طُهرُكِ قبلَ الدَّمِ عشَرةَ أيّامٍ)، وقالَت: (لا، بل كان عِشرين يومًا): فالقولُ لها؛ لأنها أعرَفُ بشَأنها.

قال: (إن طَهُرتِ فعَبدي حُرٌّ)، فادَّعَته، وكَذَّبها: لم يَعتِق، وإن صَدَّقها، أو مَضَت عَشرةٌ: عَتَق.

وإن قال لها وهي حائِضٌ: (إن طَهُرتِ فعَبدي حُرٌّ)، فقالَت: (طَهُرتُ بعدَ ثَلاثةِ أيّامٍ)، وكَذَّبها الزَّوجُ: لا يَعتِقُ.

وإن صَدَّقها أو مَضَت عشَرةُ أيّامٍ: عَتَق.

قالَت بعدَ عَشَرةٍ: (عاوَدَني الدَّمُ فيها)، وصَدَّقها: لا يُقبَلُ في العَبد، وكذا في العَشَرة إن أقَرَّت بالانقِطاع.

وإن قالَت بعدَ عشَرةِ أيّامٍ: (عاوَدني الدَّمُ في العَشَرة)، وصَدَّقها الزَّوجُ، وكَذَّبها

العبدُ: فالقولُ للعَبد، وعَتَق؛ لزَوال أمانتِها بالتَّأخير.

وثَبَت العَتقُ ظاهِرًا، فلم تُصدَّق في إبطاله.

وكذا لو قالَت ذلك في العَشَرة بعدَما أقرَّت بانقِطاع الدَّمِ: لا تُصدَّقُ، بخِلاف إخبارِها عن انقِطاع الدَّمِ في الثَّلاث؛ حيث تُصدَّقُ؛ لأنه ليس فيه إبطالُ العَتقِ الثّابتِ.

حيضُها خَمسةٌ، فقال: (إن حِضتِ سِتّةً فعَبدي حُرٌّ)، فادَّعَته في السّادِس، وكَذَّبها: صُدِّق، بخِلاف (إن حِضتِ)، وصَدَّقها، وادَّعَت استِمرارَه، وأنكَره.

وإن كان حيضُها خَمسةً، فقال لها: (إن حِضتِ هذه المرّةَ سِتّةً فعَبدي حُرٌّ)، فقالَت: (رَأيتُ الدَّمَ في اليَوم السّادسِ إلى آخِر اليومِ)، وكَذَّبها الزَّوجُ: فالقولُ له؛ لإنكاره شرْطَ العَتقِ، فصار كما لو أنكَر الحيضَ أصلًا.

بخِلاف ما لو علَّق عَتقَه بأصل الحيضِ، فادَّعى الزَّوجُ الانقِطاعَ في الثَّلاث، وادَّعَت الامتِدادَ: فإن القولَ لها؛ لأن الظّاهرَ الامتِدادُ في أوانه، والانقِطاعُ على رَأس العادةِ، كما قال الزَّوجُ.

وإن صَدَّقها في السّادِس توَقَّف العَتقُ، فإن لم يُجاوِز العَشَرةَ عتَق، وإن جاوَز لا.

وإن صَدَّقها الزَّوجُ بالدَّم في اليَوم السّادسِ: تَوقَّف العَتقُ؛ لأنه إنما يَكونُ حيضًا إذا لم يُجاوِز العشَرةَ، وذا مُحتمِلٌ.

فإن جاوَز العشَرةَ تَبيَّن أنه لم يكن حيضًا، ولم يَعتِق، وإن لم يُجاوِز العشَرةَ عَتَق.

فإن قالَت في العَشَرة: (انقَطَع): قُبِل قولُها، وبعدَها لا، كأن قالَت فيها: (انقَطَع)، ثم ادَّعَت عَوْدَه، إن كَذَّبهما العبدُ.

فإن مَضَت العشَرةُ، فادَّعَت الانقِطاعَ في العَشَرة، والْمَولى يَدَّعي الْمُجاوَزةَ: فالقولُ

للمَولى، ولا يَعتِقُ؛ لزَوال أمانتِها بالتَّأخير، حتى لو أخبرَت عن الانقِطاع في العَشَرة قُبِل قولُها، وعتَق.

ولو أخبرَت في العَشَرة بالانقِطاع، ثم قالَت: عاوَدني الدَّمُ: لا يُقبَلُ قولُها، وإن صَدَّقها الزَّوجُ إذا كَذَّبها العبدُ؛ لأنها لَمّا أخبرَت بالانقِطاع في العَشَرة وقد فُوِّض إليها شرعًا: ثَبَت العَتقُ، فلم يُصدَّقا[1] بعدَه بدَعوى الْمُعاوَدةِ[2] في إبطال العَتقِ الثّابتِ.

طَلَّقها مَريضًا، ومات في سادِس الثّالثةِ[3]، فقالَت: (لم يَنقطِع)، وادَّعَته الوَرَثةُ في العادة: صُدِّقت.

ولو كانَت عادتُها خَمسةً، فطَلَّقها في مَرَض موتِه، فحاضَت حَيضتَين، ثم مات الزَّوجُ في الحَيضة الثّالثةِ بعدَ خَمسةٍ، فقالَت الوَرَثةُ: (طَهُرتِ على رَأس الخَمسةِ، ومَضَت عِدَّتُكِ، ولا مِيراثَ لكِ)، وقالَت: (لم تَنقطِع دَمي، وأَرى الدَّمَ في الحال): فالقولُ لها؛ لأن الأصلَ في كلِّ ثابتٍ دَوامُه، فهي تَتمسَّكُ بهذا الظّاهرِ لدَفع الحِرمانِ؛ لتَعلُّق حقِّها بماله في مَرَضه؛ لكَونه سببَ تَعلُّقِ حقِّ الوَرَثةِ بالتَّركة؛ لأنه يُفضي إلى الْموت، والظّاهرُ صَلَح حُجّةً للدَّفع.

بخِلاف العبدِ إذا عَلَّق عَتقَه بالحَيض في اليَوم السّادسِ؛ حيث جُعِل القولُ للمَولى: لأنه يَتمسَّكُ بهذا الظّاهرِ لإثبات العَتقِ، والظّاهرُ لا يَصلُحُ للإثبات.

(أنتِ طالِقٌ إن حِضتِ حَيضةً): وَقَع حينَ تَطهُرُ، فلو قالَت بعدَ عَشَرةٍ: (حِضتُ، وطَهُرتُ): وَقَع، ولو قالَت بعدَ شهرٍ: (حِضتُ، وطَهُرتُ، وأنا حائِضٌ): لا، حتى تَطهُرَ.

---

(١) في (هـ): تصدق.

(٢) في (ز): العادة.

(٣) أي في اليوم السادس من حيضتها الثالثة.

ولو قال: (إن حِضتِ حَيضةً فأنتِ طالِقٌ): تَطلُقُ حينَ تَطهُرُ.

فلو قالَت بعدَ عَشَرةِ أيّامٍ: (حِضتُ وطَهُرتُ)، وكَذَّبها: تَطلُقُ؛ لأنها أخبَرت عن الأَمانة[1] في أَوانها؛ لأن الطَّلاقَ إنما يَنزِلُ عندَ كَمالِ الحَيضةِ، وكَمالُها بأن تَطهُرَ.

ولو قالَت بعدَ مُضِيِّ شهرٍ: (إنّي حِضتُ وطَهُرتُ، ثم حِضتُ حَيضةً أُخرى، وأنا الآنَ حائِضٌ): لا يُقبَلُ خبرُها، ولكن إذا طَهُرَت يَقَعُ؛ لأنها أخَّرت الإخبارَ عن أَوانه، فصارَت مُتَّهَمةً.

ولو قال: (إن حِضتِ)، فقالَت بعدَ خَمسةٍ: (حِضتُ، وأنا حائِضٌ[2]): صُدِّقت، ولو قالَت: (وطَهُرتُ[3]) لا.

ولو قال: (إذا حِضتِ فأنتِ طالِقٌ)، فقالَت بعدَ خَمسةٍ: (حِضتُ، وأنا حائِضٌ السّاعةَ): فالقولُ لها؛ لأن الإخبارَ في أَوانه.

ولو قالَت[4]: (حِضتُ وطَهُرت): لا تُصدَّقُ حتى تَحيضَ؛ لأنها أخبَرت، والحالُ مُنافِيةٌ لِما أخبَرت

قال وهي حائِضٌ: (أنتِ طالِقٌ تطليقةً سُنِّيّةً)، أو (عَدْلةً)، أو (جَميلةً)، أو (حَسَنةً): تَنجَّز(س).

ولو قال: (للسُّنّة)، أو (أعدَلَ الطَّلاقِ)، أو (أحسَنَه)، أو (أجمَلَه): تأَخَّر.

ولو قال لها وهي حائِضٌ، أو في طُهرٍ جامَعها فيه: (أنتِ طالِقٌ تَطليقةً سُنِّيّةً)، أو

---

(١) تحتمل في (ب): الإبانة.

(٢) أي الآن.

(٣) في (س): حضت وطهرت.

(٤) في (و): قال.

(عَدْلَةً[١])، أو (حَسَنَةً)، أو (جَميلةً): طَلُقت في الحال.

لأن قولَه: (سُنِّيَّةً) وكذا وكذا: صِفةٌ للواقِع[٢]، وأنه سُنِّيٌّ وُقوعًا.

وقال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَقَعُ إلا في[٣] طُهرٍ لا جِماعَ فيه؛ لأنه الْمَسنونُ مُطلَقًا.

ولو قال: (للسُّنَّة)، أو (أعدلَ الطَّلاقِ)، أو (أحسَنَه)، أو (أجمَلَه): يتأخَّرُ إلى الطُّهر.

لأن قولَه: (للسُّنَّة) أي: لوَقت السُّنَّةِ، والوقتُ يَليقُ بسُنَّة الإيقاعِ لا الواقعِ، وما بَقِي للمُبالَغة والرُّجحانِ، وذا بأن يُوصَفَ الفِعلُ فيه بالحُسن أيضًا، إلا أن يَنويَ الوُقوعَ في الحال.

ولو قال: (تَطليقةً حَسَنةً في دُخولكِ الدّارَ)، أو (شَديدةً في ضَربكِ[٤])، أو (قَوِيّةً في بَطشكِ[٥])، أو (ظَريفةً[٦] في نِقابكِ[٧])، أو (مُعتدِلةً في قِيامكِ): تعلَّق بها، ولو لم يَذكُر التَّطليقةَ تَنجَّز.

---

(١) في (ب) و(هـ): عدلية.

(٢) في (ب): للموقع، وفي (هـ): لواقع.

(٣) في (هـ): لا يقع في.

(٤) في (ع): مرضك.

(٥) البطش: هو الأخذ بعنف، وبَطَشَتِ اليدُ: إذا عملت، فهي باطشة. «المصباح» ١/ ٥١.

(٦) ظَرُف -بالضم- ظَرافةً، فهو ظريف، قال ابن القوطية: ظَرُف الغلامُ والجاريةُ، وهو وصف لهما، لا للشيوخ، وبعضهم يقول: المراد الوصف بالحُسْن والأدب، وبعضهم يقول: المراد: الكَيْس، فيعم الشباب والشيوخ، ورجل ظريف، وقوم ظرفاء وظراف، وشابة ظريفة، ونساء ظراف. «المصباح» ٢/ ٣٨٤.

(٧) نقاب المرأة: جمعه نُقُب، مثل كتاب وكتب، وانتقبت وتنقبت: غطت وجهها بالنقاب. «المصباح» ٢/ ٦٢٠.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ تَطليقةً حَسَنةً في دُخولكِ الدّارَ)، أو (شَديدةً في ضَرْبكِ[1])، أو (قَوِيّةً فِي بَطشكِ)، أو (ظَرِيفةً[2] في نِقابكِ[3])، أو (مُعتدِلةً في قِيامكِ): يَتعلَّقُ بهذه الأشياءِ؛ لأن الفِعلَ متى جُعِل ظرفًا للطَّلاق صار بمَعنى الشَّرطِ.

ولو لم يَذكُر التَّطليقةَ: يَقَعُ في الحال؛ لأنها تَرجِعُ إلى الْمَرأة؛ لأن التَّطليقةَ غيرُ مَذكورةٍ، بخِلاف ما تَقدَّم؛ لأنها مَذكورةٌ، فتَرجَّحت بالقُرب.

(أنتِ طالِقٌ بائِنةً -أو عَدْلةً، أو سُنِّيّةً- في دُخولكِ): تَعلَّق به.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ بائِنةً -أو عَدْلةً، أو سُنِّيّةً- في دُخولكِ الدّارَ): تَعلَّق الطَّلاقُ بالدُّخول؛ لأن الْمَرأةَ لا تُوصَفُ بهذه الأوصافِ، فصار الطَّلاقُ أَولى بها، فصار كأن التَّطليقةَ مَذكورةٌ.

(أنتِ طالِقٌ وأنتِ مَريضةٍ)، أي إذا مَرِضتِ: لم يُصدَّق قَضاءً.

ولو قال: (أنتِ طالِقٌ وأنتِ مَريضةٌ)، يُريدُ به: إذا مَرِضتِ: دُيِّن فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، ولا يُديَّنُ قَضاءً.

لأن قولَه: (وأنتِ مَريضةٌ) جُملةٌ كالأُولى، والأصلُ في الجُمَل الاستِقلالُ[4]، فإذا جَعَلها شرطًا في الأُولى فقد نَوى خِلافَ الظّاهرِ، فلا يُصدَّقُ قَضاءً، ويَقَعُ في الحال.

ويُدَيَّنُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى؛ لأن الجُملةَ قد تَقَعُ حالًا، فقد نَوى ما يَحتمِلُه كَلامُه، فلا عِبرةَ لِقيام المرَضِ وعدَمِه؛ لِصِحّة إطلاقِ هذا الاسمِ على الصَّحيح لعاقِبته.

---

(١) في (هـ): ضربتك.

(٢) في سوى (أ) و(د): طريفة.

(٣) في (ب): نقائك، وفي (هـ): بقائك، والمثبت من (أ) و(و) و(ز).

(٤) في (هـ): الاستقبال.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة